

# **Erstatning for den positive kontraktsinteresse ved brudd på anbudsreglene.**

Kandidatnr: 179

Veileder: Lasse Simonsen

Leveringsfrist: 25.04.2003

Til sammen 17069 ord

14.05.2003

# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b>4</b>
1.1	PRESENTASJON AV TEMA OG PROBLEMSTILLINGER	4
1.2	AVGRENSNING AV AVHANDLINGEN	6
1.3	RETTSKILDESITUASJONEN	6
1.4	VEIEN VIDERE	7
<b>2</b>	<b><u>ERSTATNING HVOR LEVERANDØR HAR ET RETTSKRAV PÅ KONTRAKTEN</u></b>	<b>9</b>
2.1	INNLEDNING	9
2.2	BILLIGST ANBUDSPRINSIPPET - KVANTITATIVE UTVELGELSESKRITERIER	11
2.2.1	INNLEDNING	11
2.2.2	BILLIGST-ANBUDSPRINSIPPET FASTSATT I ELLER I MEDHOLD AV LOV	13
2.2.3	BILLIGST-ANBUDSPRINSIPPET FASTSATT VED AVTALE	15
2.2.4	ERSTATNING VED BRUDD PÅ BILLIGST-ANBUDSPRINSIPPET	18
2.3	BEST-ANBUDSPRINSIPPET	19
2.3.1	INNLEDNING	19
2.3.2	BEST-ANBUDSPRINSIPPET FASTSATT I ELLER I MEDHOLD AV LOV	19
2.3.3	BEST-ANBUDSPRINSIPPET FASTSATT VED AVTALE	22
2.4	VALGFRIHETSKLAUSULER	23
2.4.1	INNLEDNING	23
2.4.2	INDIVIDUELT FASTSATTE VALGFRIHETSKLAUSULER	24
2.4.3	TOLKNING AV VALGFRIHETSKLAUSULEN I NS 3400	25
2.5	HVILKET REGIME GJELDER ETTER BAKGRUNNSRETTE	26
2.6	ANSVARSGRUNNLAG	29
2.6.1	INNLEDNING	29

2.6.2	OBJEKTIVT ANSVAR - ANSVAR FOR AVBESTILLING	30
2.6.3	SKYLDANSVAR	31
2.6.4	OBJEKTIVT ANSVAR- KONTROLLANSVARET	32
2.6.5	ANSVARSGRUNNLAGET ETTER	
	LOV OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER	34

### **3 ERSTATNING HVOR DET ER SANNSYNLIG AT LEVERANDØR VILLE HA FÅTT KONTRAKTEN 35**

<b>3.1</b>	<b>INNLEDNING</b>	<b>35</b>
<b>3.2</b>	<b>ANSVARSGRUNNLAG</b>	<b>36</b>
3.2.1	INNLEDNING	36
3.2.2	VESENTLIGE FEIL	38
3.2.3	SÆRLIGE SPØRSMÅL	42
<b>3.3</b>	<b>ÅRSAKSSAMMENHENG</b>	<b>44</b>
3.3.1	INNLEDNING	44
3.3.2	BEVISTEMA	44
3.3.3	HVILKE KRAV STILLES TIL BEVIS FOR ÅRSAKSSAMMENHENG?	44
<b>3.4</b>	<b>PRAKTISK BETYDNING AV RETTSKRAVSTEORIEN ETTER NUCLEUS-DOMMEN</b>	<b>46</b>

### **4 ERSTATNINGSANSVAR FOR OFFENTLIG OPPDRAUGSGIVER 48**

<b>4.1</b>	<b>INNLEDNING</b>	<b>48</b>
<b>4.2</b>	<b>OPPDRAUGSGIVER ER EN DEL AV OFFENTLIG MYNDIGHET</b>	<b>48</b>
<b>4.3</b>	<b>ANBUDSREGLENE INNFØRT FOR Å OPPFYLLE EØS FORPLIKTELSE.</b>	<b>51</b>

### **5 RETTSSTILLINGEN VED PRIVATE ANBUDESKONKURRANSE 53**

### **6 ERSTATNINGSUTMÅLINGEN 55**

<b>6.1</b>	<b>INNLEDNING</b>	<b>55</b>
<b>6.2</b>	<b>ØKONOMISK TAP</b>	<b>55</b>
<b>6.3</b>	<b>TAPSBEGRENSNINGSPLIKT</b>	<b>57</b>
<b>6.4</b>	<b>ÅRSAKSSAMMENHENG</b>	<b>59</b>
<b>6.5</b>	<b>ADEKVANSVURDERING</b>	<b>60</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Presentasjon av tema og problemstillinger

Temaet for denne avhandlingen er leverandørens krav på erstatning for den positive kontraktsinteresse der oppdragsgiver bryter anbudsreglene. Avtaleinngåelse ved anbudskonkurranse er en strengt formalisert prosedyre. Normene for denne typen kontrahering gjelder så vel avtaleinngåelse som fremgangsmåten for kontraktstildeling.<sup>1</sup> Denne formen for kontraktsinngåelse blir benyttet særlig ved større anskaffelser. Målsetningen med avhandlingen er å analysere de nærmere betingelsene for erstatning der oppdragsgiver begår feil ved avholdelsen av konkurransen og dette medfører at en leverandør går glipp av oppdraget. Jeg vil kun ta for meg problemstillinger knyttet til forbigått leverandørs krav på å få erstattet den positive kontraktsinteresse. Avhandlingen tar sikte på å fremstille gjeldende rett på området.

Ved behandlingen av anbuadsrettslige tema er det enkelte sentrale nøkkelbegreper. Tidligere var det variabel benevnelse av aktørene i anbudskonkurransen. Forskriften om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr 616 innfører legaldefinisjoner av sentrale begreper. Den som innbyr til anbudskonkurransen, og etterspør reaytelsen, vil i det følgende, i samsvar med forskriften, kalles *oppdragsgiver*. Den som tilbyr ytelsen vil defineres som *leverandør*.<sup>2</sup> I en anbudskonkurranse vil det fortrinnsvis delta flere leverandører. I denne fremstillingen vil størst interesse knyttes til den av leverandørene som ikke oppnår kontrakt, men som ville ha oppnådd kontrakt dersom oppdragsgiver ikke hadde begått feil. I det følgende vil denne leverandøren bli kalt den *forbigåtte leverandør*, eller *leverandør* der dette ikke kan misforstås. Oppdragsgiver og leverandør kan være private eller offentlige rettssubjekter. Anbudsreglene eller anbudsreglementet

---

<sup>1</sup> Se Krüger, Kontraktsretten, s. 101.

<sup>2</sup> Se forskrift om offentlige anskaffelser § 1-4 e.

er betegnelsen på regler og prinsipper som regulerer forholdet mellom oppdragsgiver og leverandører. Om oppdragsgiver er privat eller offentlig, vil kunne ha konsekvenser for hvilke anbudsregler som kommer til anvendelse. For offentlig oppdragsgiver, vil regelverket i stor utstrekning være gitt i eller i medhold av lov.<sup>3</sup> For den private, vil anbudsreglene ikke være lovregulert.

Den positive kontraktsinteresse eller fortjenestetapet, er tap som referer seg til resultatet av konkurransen. Det er leverandørens økonomiske primærinteresse, tapet av kontrakten, som kreves dekket. Om ikke oppdragsgiver hadde begått feil under anbudsbehandlingen, ville leverandøren fått tildelt kontrakten. Erstatning for den positive kontraktsinteresse kan forankres i to prinsipielt forskjellige modeller. Det ene er *rettskravsmodellen*. Denne modellen har klare forgreninger til kontraktsretten. Oppdragsgivers rett til å velge anbud kan være underlagt slike skranker at valget av leverandør til en viss grad er gitt. Den aktuelle leverandør vil da kunne sies å ha et rettskrav på kontrakt. Et slikt ansvar kan tenkes der oppdragsgiver i anbudsgrunnlaget har bundet seg til å godta anbudet med lavest pris. Hvis avtale blir inngått med en leverandør som har det nest laveste anbudet, er dette en feil. Om feilen ikke hadde blitt gjort, ville den leverandøren med det laveste anbudet fått kontrakten. Ved å begrense kriteriene for valg av leverandører vil oppdragsgiver her ha gitt leverandøren med det laveste anbudet et rettskrav på kontrakt. Dersom denne forutsetningen brister, vil leverandøren med det laveste anbudet kunne ha et berettiget krav på erstatning av den positive kontraktsinteresse.

Den andre modellen, *sannsynlighetsmodellen*, hadde lenge en mer tvilsom rettslig forankring. Modellen har klare forgreninger til deliktserstatningen. Leverandøren vil kunne ha et berettiget krav på erstatning av den positive kontraktsinteresse der det er sannsynlig at han ville ha fått kontrakten om feilen ikke hadde blitt begått. Man bygger ansvaret på en hypotetisk vurdering av hvordan oppdragsgiver ville ha handlet om man ser bort fra feilen.

Det er den nærmere utformingen av betingelsene for erstatning etter disse modellene som skal behandles i det følgende.

---

<sup>3</sup> Lov om offentlige anskaffelser av 16. juni 1999 nr.69.

## 1.2 Avgrensning av avhandlingen

En rekke sanksjoner kan være aktuelle der oppdragsgiver bryter med gjeldende anbudsregler. Det kan stilles spørsmål om en forbigått leverandør kan gis rett til å oppfylle kontrakten, eller om tvangsmulkt skal pålegges. Alternative sanksjoner som dette faller utenfor oppgavens rammer. I denne avhandlingen skal jeg hovedsakelig behandle bruk av erstatning som sanksjon ved brudd på anbudsreglene. Ytterligere begrenses behandlingen til spørsmålet om en leverandør kan kreve erstatning for den positive kontraktsinteressen.

Om leverandører har hatt omkostninger ved å innrette seg i tillit til at anbudsreglene skulle følges, vil dette tapet, den såkalte negative kontraktsinteresse, under visse forutsetninger kunne kreves dekket. De nærmere vilkår for dette tar jeg ikke opp til behandling. Erstatning for såkalt tap av sjanse, der leverandøren har hatt en reell mulighet til kontrahering, men grunnet oppdragsgivers feil ikke har nådd opp, vil heller ikke bli behandlet. Det vil her kunne være aktuelt å tildele erstatning for andeler av den positive kontraktsinteressen fordi leverandøren hadde en reell sjanse til å nå opp. Denne formen for erstatning er spesiell og er ikke videre utbredt i praksis. Etter norsk rett må løsningen på dette området sies å være temmelig usikker.

## 1.3 Rettskildesituasjonen

Rettskildebildet i anbudsretten vil kunne variere alt ettersom oppdragsgiver tilhører offentlig eller privat organ. Om anbudskonkurransen faller innenfor lov om offentlige anskaffelser av 16. juni 1999, vil dette kunne ha innvirkning på de erstatningsrettslige spørsmål. Dette regelverket fastsetter normer for hvordan anbudsprosessen skal gjennomføres. Innføringen av regelverket er med på å oppfylle Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.<sup>4</sup> Lovgivningen utgjør imidlertid ingen uttømmende regulering av hvilke

---

<sup>4</sup> Nærmere om noen av de konsekvensene dette får for tolkningen av lov og forskriften vil bli behandlet i punkt 4.3.

normer som gjelder for oppdragsgivers opptreden. Avtalefestede normer, eventuelt bakgrunnsretten, vil kunne supplere lovgivningen.

For private aktører, og for offentlige konkurranser som faller utenfor lovens anvendelsesområde finnes ingen generell lovgivning. De nærmere betingelsene for erstatning må avgjøres på bakgrunn av alminnelige erstatningsrettslige prinsipper. Normeringen av aktørenes adferd vil i stor grad være overlatt til regulering ved avtale. NS 3400 er en standardavtale som regulerer anbudskonkurranser innen bygg og anlegg. Standarden er benyttet i stor utstrekning. Dette gjelder også der anbudskonkurransen er knyttet til annet enn bygg og anlegg. I utgangspunktet må standarden være gjort til en del av partenes avtale før den kan sies å regulere avtaleforholdet. I Rt 1998 s. 1951 Snøbrøyting-dommen slår imidlertid Høyesterett fast at i mangel av avtale må standarden likevel legges til grunn. Den gir med andre ord uttrykk for deklarasjonsrett. Den aktuelle dommen benytter standarden som bakgrunnsrett også utenfor dens tiltenkte anvendelsesområde. Det kan imidlertid stilles spørsmål om hvorvidt dette kan gjelde ubetinget. Alminnelige anbudsrettslige prinsipper vil også kunne supplere partenes avtale.

Høyesterett har gjennom det siste tiåret gått nærmere inn i en rekke anbudsrettslige temaer, og da særlig spørsmålet om erstatning der oppdragsgiver bryter anbudsreglene.<sup>5</sup> Denne praksis vil selvsagt bli sentral for flere av avhandlingens drøftelser. Henvisninger til juridisk litteratur er primært søkt benyttet som støtteargumenter og utgangspunkt for drøftelsene.

#### 1.4 Veien videre

Under avsnitt 2 behandles vilkårene for erstatning av positiv kontraktsinteresse hvor leverandøren har et rettskrav på kontrakten. I avsnitt 3 behandles vilkårene for erstatning av den positive kontraktinteressen hvor det er sannsynlig at leverandøren ville ha fått kontrakten. De særlige spørsmål som reiser seg der oppdragsgiver tilhører enten

---

<sup>5</sup> Se særlig Rt 1997 s. 574, Rt 1998 s. 1398, Rt 1998 s. 1951, Rt 2000 s. 1076, Rt 2001 s. 1062.



det offentlig eller det private, vil jeg behandle i henholdsvis avsnitt 4 og avsnitt 5.

Avslutningsvis vil spørsmål rundt utmålingen av erstatningen bli behandlet i avsnitt 6.

## **2 Erstatning hvor leverandør har et rettskrav på kontrakten**

### **2.1 Innledning**

Det har i lang tid vært antatt at en leverandør etter omstendighetene kan ha et rettskrav på kontrakt. I så fall vil den forbigåtte leverandøren kunne ha et krav på erstatning av den positive kontraktinteressen. Den første problemstillingen blir her om oppdragsgiver er rettslig forpliktet til å velge en leverandør. Dersom valg av anbud avhenger av et fritt skjønn, kan ansvar ikke ilegges etter dette ansvarsgrunnlaget. Hvis anbudsreglene er utformet slik at de i den konkrete situasjonen peker ut hvilken leverandør oppdragsgiver er forpliktet til å velge, foreligger det i realiteten et betinget løfte. Den som innfrir betingelsen, vil ha et krav på at avtale inngås. I utgangspunktet er det en avtalerettslig synsvinkel som her legges til grunn. Ved ikke å kontrahere med den aktuelle leverandøren, vil oppdragsgiver begå et kontraktsbrudd.

Spørsmålet om oppdragsgivers erstatningsansvar hvor en leverandør har et rettskrav på kontrakt, kan nå synes å ha fått mindre betydning. Vi har fått gjennomslag i norsk rett for at den leverandøren som kan sannsynliggjøre at han er forbigått kan kreve erstatning for den positive kontraktinteresse.<sup>6</sup> Imidlertid vil det ennå kunne foreligge tilfeller der rettskravs synsvinkelen har betydning. I de tilfellene hvor leverandøren har et rettskrav på kontrakt, er det kontraktsrettslige erstatningsprinsipper som må legges til grunn. Ansvar bygger på at kontrakten brytes. Det vil medføre at den særlige erstatningsreglen etter sannsynlighetsteorien, med krav om vesentlige feil og klar sannsynlighetsovervekt, ikke kommer til anvendelse.

Det sentrale problemet blir å avgjøre hvor langt anbudsreglene binder oppdragsgiver til å velge et bestemt tilbud. Reguleringen av hvilke skranker som gjelder for oppdragsgivers valg av leverandør kan variere over en bred skala. Skrankene kan bestå i

---

<sup>6</sup> For en nærmere redegjørelse av sannsynlighetsteorien se avsnitt 3.

alt fra temmelig beskjedene innskrenkninger i oppdragsgivers skjønnsfrihet, til en fullstendig regelstyring av tildelingsprosessen. Til tross for den brede innholdsmessige variasjonen i de skranker oppdragsgivers valgrett er underlagt, kan det skilles mellom to overordnede tildelingsregimer. *Billigst-anbudsprinsippet* der oppdragsgivers valgrett er sterkt regelstyrt, og *best-anbudsprinsippet* der oppdragsgiver som hovedregel har en ikke ubetydelig skjønnsfrihet.

Det kan stilles spørsmål ved om leverandør kan ha et rettskrav på kontrakt der tildelingen skal skje etter et best-anbudsprinsipp. Oppdragsgiver har her i utgangspunktet et vidt skjønnsmessig spillerom, og en adgang til på saklig grunnlag å forkaste samtlige tilbud. Oppdragsgivers frihet vil imidlertid også i disse tilfellene kunne variere mye. I enkelte unntakstilfeller vil oppdragsgiver, også etter best-anbudsprinsippet, kunne stå uten noen reell valgmulighet. Under forutsetning av at oppdragsgiver ikke har saklig grunn til å forkaste samtlige anbud, vil tildelingen være regelbunden. Leverandøren vil her i realiteten ha et rettskrav på kontrakt og dersom oppdragsgiver velger et annet tilbud begår han et rettsbrudd.

Lovgiver har ved lov av 16. juni 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskriften gitt i medhold av denne loven, fastsatt skranker for oppdragsgivers rett til å velge leverandør.<sup>7</sup> Deler av dette regelverk er gitt for å oppfylle Norges forpliktelser etter EØS- avtale, særlig del II, og den senere WTO-avtalen. Avtalene pålegger Norge å sikre aktørene i anskaffelsesprosessen individuelle rettigheter, samt adgang til å bringe tvistesaker direkte inn for et uavhengig rådgivende tvisteorgan. Disse reglene fastsetter de nærmere normene for rettmessig opptreden i konkurransen. Etter EØS-systemet er oppdragsgiver bundet opp til å velge mellom to overordnede tildelingsregimer. Det offentlige kan velge mellom å tildele kontrakt basert på ”laveste prisen” eller basert på ”det økonomisk mest fordelaktige anbud”. Dette systemet er fastsatt i forskriftens § 10-2 (1). Oppdragsgivers forpliktelser kan her utledes direkte av forskriften. Det betyr at leverandørene kan påberope seg de skrankene som er fastsatt i forskriften uavhengig av oppdragsgivers forpliktelser slik disse måtte være regulert etter kontrakten. Imidlertid vil oppdragsgiver som oftest følge opp forskriftens pålegg slik at motstrid sjeldent vil

---

<sup>7</sup> Forskrift om offentlig anskaffelser fastsatt ved kgl.res. 15. juni 2001.

forekomme. Leverandørens rettigheter vil på denne måten også kunne fastsettes på bakgrunn av kontrakten.

Begrensningene i oppdragsgivers valgfrihet kan også være fastsatt i avtale. Variasjonene i utformingen av skrankene vil kunne være stor. Grensene mellom de ulike tildelingsregimene kan være flytende. Jeg har allikevel valgt å grovinnde de ulike skrankene etter tildelingsregimene; billigst-anbudsprinsippet og best-anbudsprinsippet. Spørsmål om forståelsen av valgfrihetsklausuler og de erstatningsrettslige konsekvensene av at disse er vedtatt vil bli behandlet i et eget punkt.

Der valg av tildelingsregime ikke er regulert ved lov eller avtale, må det stilles spørsmål om hvilket regime som gjelder etter bakgrunnsretten.

Avslutningsvis må det stilles spørsmål om hvilket ansvarsgrunnlag som må foreligge før tapet kan kreves dekket.

## 2.2 Billigst anbudsprinsippet - kvantitative utvelgelseskriterier

### 2.2.1 Innledning

Normalt vil oppdragsgivers innbydelse til anbudskonkurranse fremstå som en oppfordring til leverandørene om å gi et anbud. Denne innbydelsen fra oppdragsgiver vil ikke oppfylle kravene til et tilbud. Ved bruk av billigst-anbudsprinsippet vil dette kunne stille seg annerledes. Prinsippet gir uttrykk for en nokså enkel tildelingsmodell. Anbudene skal bedømmes hovedsakelig etter pris, det vil si et rent kvantitativt kriterium. Det anbudet som har den laveste prisen skal velges. Tildelingsmodellen gir et svært begrenset rom for oppdragsgivers skjønn ved utvelgelsen av tilbud. I disse tilfellene vil innbydelsen/anbudsgrunnlaget kunne fremstå som et betinget løfte. Om en leverandør leverer det laveste anbudet, vil han ha krav på kontrakt under forutsetning av at oppdragsgiver ikke forkaster alle anbudene eller avlyser konkurransen. Ved å levere

det laveste anbudet aksepterer leverandøren oppdragsgivers tilbud. Den etterfølgende kontraktslutning blir da kun en konstatering av et foreliggende rettsfaktum.<sup>8</sup>

Fra et kontrollsynspunkt har billigst-anbudsprinsippet klare fortrinn. Det er trolig hensynet til en enkel konstatering av feil og påfølgende sanksjon ved overtredelse, som har gitt prinsippet en så sentral plassering innenfor EØS-systemet. Hensynet til oppdragsgiver vil også kunne trekke i retning av et billigst-anbudsprinsipp. Når kriteriene for utvelgelse av anbud blir avgjort av en objektiv norm, vil dette kunne øke antallet av interesserte konkurrenter. Leverandørene vil gjennomgående være mer interessert i å legge ned den tid og de ressurser som er nødvendig for å utarbeide et anbud, hvor man er sikre på at tildelingen skjer etter fastsatte retningslinjer. Dette vil igjen kunne presse prisene på ytelsen ned. Det er særlig i de tilfellene oppdragsgiver opererer i et opphetet marked, eller ønsker å tiltrekke seg utenlandske aktører til konkurransen, at et billigst-anbudsprinsipp vil kunne være heldig for han.

På den annen side vil en slik innsnevring av skjønnsfriheten kunne oppleves som et drastisk inngrep i oppdragsgivers privatautonomi. Av naturlige grunner, vil oppdragsgivere generelt være tilbakeholdne med å begrense sin skjønnsfrihet i så sterk grad. Oppdragsgiver vil ha behov for å vurdere flere kriterier enn pris i tildelingsomgangen. Behovet for å vektlegge andre tildelingskriterier vil variere etter hvilken type kontraktsforpliktelse konkurransen dreier seg om. For ulike typer tjenestekontrakter, som for eksempel tilvirkningskontrakter, vil behovet for å kunne praktisere et noe bredere skjønn være åpenbart. Derimot vil betenkelighetene ved å binde seg til pris alene være vesentlig mindre ved kjøp av masseproduserte varer.

At oppdragsgiver er forpliktet til å velge tilbudet med den laveste prisen, gjelder under forutsetning av at oppdragsgiver ikke kan, og heller ikke velger å forkaste samtlige tilbud. Oppdragsgiver vil ha denne muligheten der han har "saklig grunn" til å avlyse konkurransen eller forkaste samtlige anbud.<sup>9</sup> Om oppdragsgiver velger å forkaste samtlige anbud etter å ha vurdert innholdet i dem, står man ovenfor en totalforkastelse. Hvis det at det ikke kåres en vinner skyldes andre forhold enn resultatet av

---

<sup>8</sup> Se Simonsen, Prekontraktuelt ansvar, s. 710 og Sandvik, Norsk Gjenklang, s. 495.

<sup>9</sup> Jf. Forskrift om offentlig anskaffelser § 10-2 (1).

konkurransen, står man ovenfor en avlysning. For fastsettelsen av de nærmere grensene for oppdragsgivers rett til å avvikle konkurransen på denne måten, må en falle tilbake på det generelle lojalitetskravet i anbudsretten. Hva som nærmere ligger i kravet om ”saklig grunn”, må vurderes opp mot de ulike årsakene til avviklingen av konkurransen. Det finnes gode reelle grunner til at oppdragsgiver skal ha mulighet til å avvikle konkurransen uten å tildele kontrakt der han har ”saklig grunn” for det. Selv hvor det er en lukket anbudskonkurranse, vil det kunne være svært byrdefullt for oppdragsgiver om han ved å innby til en konkurranse skulle bli tvunget til å velge et av anbudene. Dette ville trolig satt en stopper for denne formen for kontrahering. Det kan også nevnes at dette resultatet ville kunne få uheldige samfunnsøkonomiske konsekvenser. Man finner den samme regel uttrykt i den danske Licitationsloven § 3 stk. 2 andre alternativ.

## 2.2.2 Billigst-anbudsprinsippet fastsatt i eller i medhold av lov

Billigst-anbudsprinsippet er en av to alternative måter å gjennomføre en anbudskonkurranse på innenfor regelverkets virkeområde.<sup>10</sup> Regelverket forutsetter at oppdragsgiver uttrykkelig velger en av prosedyrene. Men om ingen av prosedyrene er valgt, vil billigst-anbudsprinsippet trolig bli lagt til grunn.<sup>11</sup> Tildelingskriteriene er her, i motsetning til ved best-anbudsprinsippet, gitt.

I følge den norske forskriften og EØS-direktivene skal oppdragsgiver basere sitt valg av leverandør ”utelukkende på laveste pris”.<sup>12</sup> En språklig forståelse av dette uttrykket trekker i retning av at det er prisen, og bare denne som er av betydning ved valg av leverandør. Ordlyden gjør motstand mot at andre økonomiske betraktninger skal bli vektlagt. Kommisjonen har latt utarbeide visse retningslinjer for hvordan direktivene er å forstå.<sup>13</sup> Pris blir også her pekt ut som det eneste relevante hensyn. Disse retningslinjene trekker i retning av at forskriften skal forstås strengt etter ordlyden.

---

<sup>10</sup> Jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 (1).

<sup>11</sup> Se Generaladvokatens uttalelse i sak 31/87.

<sup>12</sup> Forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 (1).

<sup>13</sup> Jf. Kommisjonens forslag til revidert EF-veiledning, s. 91 og 171.

Denne forståelsen får også betydning for avvisningsreglene. Anbud som ikke er fullt ut i overensstemmelse med anbudsgrunnlaget, kan ikke komme i betraktning. Disse må følgelig avvises. Det samme vil gjelde for behandlingen av anbud som inneholder et tilbud om alternativ utførelse. Slike anbud kan heller ikke hensyntas i konkurransen. Dersom den offentlige oppdragsgiver har et ønske om å kunne vektlegge slike alternativer, må best-anbudsprinsippet velges.

Mer åpent er spørsmålet om hvordan forbehold skal behandles. Arten og omfange av forbeholdene kan variere. Enkelte lar seg relativt enkelt og nøyaktig prissette. Andre igjen kan ikke på en tilstrekkelig sikker måte la seg prissette. De anbud som etter en tolkning må plasseres i den sistnevnte gruppe, må avvises. Om slike anbud skulle vurderes, ville det ikke lenger bli en enkel vurdering av hvilket anbud som ga lavest pris. Der forbeholdet i seg selv består av et bestemt beløp, skal dette regnes inn i anbudet. Dette vil for eksempel kunne være tilfellet der forbeholdet består av en rabatt eller et påslag. Igjen står den mellomgruppe der det *kan* gjøres en økonomisk vurdering av forbeholdets betydning. Indeksregulering er et eksempel. EØS-forskriften har en absolutt form som kan tilsi at også slike anbud skal avvises. De bastante retningslinjene gitt av kommisjonen kan trekke i samme retning.<sup>14</sup>

På den annen side kan dette virke svært strengt ovenfor den aktuelle leverandøren. Dette sett i forhold til den berettigede interessen leverandøren kan ha i å ta et slikt indeksforbehold. Det må også sies at indeksreguleringer av denne art er relativt utbredt innenfor anbudsretten. Løsningen må trolig allikevel være at slike forbehold, som forutsetter økonomiske vurderinger, må avvises.

Klare regnefeil skal derimot rettes. Det er her ikke snakk om et unntak, men snarere å finne frem til den rette anbudssummen.

---

<sup>14</sup> Se forslag tilrevidert EF-veiledning, særlig s. 91

### 2.2.3 Billigst-anbudsprinsippet fastsatt ved avtale

Oppdragsgiver kan i konkurransereglementet eller på annen måte, ved avtale, sette skranker for de hensyn som kan tillegges vekt ved tildeling av kontrakt etter anbudskonkurranse. Om oppdragsgiver ved angivelser i anbudsinnbydelsen, anbudsgrunnlaget eller anbudsreglementet har bundet seg på en måte som utløser løftevirkninger, må fastslås ved en tolkning av anbudsreglementet. Det er de alminnelige prinsipper for avtaletolkning som må legges til grunn.<sup>15</sup> Utgangspunktet må være at man legger et objektivt tolkningsprinsipp til grunn.<sup>16</sup> Spørsmålet blir om anbudsreglementet etter en rimelig forståelse naturlig oppfattes som et bindende, betinget løfte. Anbudsreglementet må, med andre ord, gi leverandøren en rimelig grunn til å tro at oppdragsgiver ville tildele han kontrakt hvis betingelsen blir oppfylt.

I prinsippet må dette utgangspunktet fravikes i de tilfeller hvor partene har en felles forståelse, som fraviker fra den objektive, om hvordan anbudsreglementet er å forstå. Kanskje ut ifra tidligere kontrakts samarbeid eller andre spesielle omstendigheter. Det er imidlertid svært sjeldent at dette vil være tilfellet i saker der partene er i tvist med hverandre.

Det kan stilles spørsmål om det objektive tolkningsprinsippet skal fravikes på grunn av de særlige hensyn som gjør seg gjeldende i anbudsretten.

Oppdragsgiver står i utgangspunktet fritt til å velge kontraheringsmodell.<sup>17</sup> Han kan velge å stå fritt i sitt valg av leverandør, eller han kan legge skranker av ulikt omfang på sin valgtrett. I de tilfellene hvor en part selv velger å gi rettigheter uten selv å få noe igjen, kan det argumenteres for at det må legges et subjektivt tolkningsprinsipp til grunn. Dette er for eksempel den gjeldende lære etter norsk rett ved tolkning av testament.<sup>18</sup> Ved tolkning skal en komme frem til hva arvelater har ment, eller arvelaters vilje. I de tilfeller oppdragsgiver frivillig pålegger begrensinger i sin privatautomi, kan

---

<sup>15</sup> Jf. Simonsen, Prekontraktuelt ansvars, s. 683.

<sup>16</sup> Se Hov, Avtalerett, s. 143 flg.

<sup>17</sup> Jf. Simonsen, Prekontraktuelt ansvars, s. 683.

<sup>18</sup> Se bl.a. Lødrup, Arverett, § 15.



det hende at de samme hensyn gjør seg gjeldende. Det kan spørres om oppdragsgiver virkelig mente å binde sin valgett på denne måten.

Hensynet til oppdragsgiver kan likevel ikke være utslagsgivende. Leverandøren kan i disse tilfellene være gitt en berettiget forventning om at anbudsreglementet legger disse skrankene på oppdragsgivers valgett. Etter dette har leverandøren lagt ned tid og ressurser på å utferdige et anbud. Det ville da være uholdbart om oppdragsgivers subjektive forståelse av anbudsreglementet skulle legges til grunn. Det at oppdragsgiveren selv er ansvarlig for avviket mellom den objektive og subjektive forståelsen av anbudsgrunnlaget, er et hensyn som også trekker mot den skisserte løsning.

Oppdragsgiver vil imidlertid være tilbakeholden med å innføre en så omfattende begrensning i sin avtalekompetanse. Fordelene ved en slik binding vil sjelden kunne veie opp de ulempene prinsippet vil kunne medføre. Ved åpne anbudskonkurranser kan det neppe tenkes tilfeller der oppdragsgiver vil kunne akseptere slike begrensninger. Under denne konkurranseformen vil det kunne bli levert anbud fra leverandører som oppdragsgiver har liten eller ingen kjennskap til fra før, noe som igjen vil kunne utgjøre en stor risiko for ytelsen. Ved lukkede anbudskonkurranser kan det nok tenkes tilfeller der oppdragsgiver vil se fordeler ved å binde seg til billigst-anbudsprinsippet. Det kan også eksistere markeder der leverandørene av realytelsen har en særlig sterk posisjon. På dette grunnlag kan de tvinge oppdragsgiver til å binde seg. Det er imidlertid svært sjeldent at vi ser prinsippet valgt utenom i de tilfeller der lovgivningen skisserer bruk av prinsippet. Dette vil igjen få betydning for det konkrete tolkningsspørsmålet. Det skal trolig mer til før det vil foreligge et rimelig tolkningsgrunnlag for at oppdragsgiver skal ha bundet seg til dette prinsippet. Kanskje må en gå så langt som å si at det må foreligge klare holdepunkter i anbudsgrunnlaget før man legger til grunn at oppdragsgiver skal ha forpliktet seg til et billigst-anbudsprinsipp.

Den konkrete utformingen av billigst-anbudsprinsippet kan variere mye fra avtale til avtale. Som vist ovenfor, har forskriften om offentlige anskaffelser en absolutt utforming av prinsippet. Det er ”utelukkende” pris som skal vektlegges. Dersom denne utformingen er benyttet i anbudsreglementet, vil dette trekke i retning av et formelt

prinsipp der pris vil utgjøre det eneste relevante hensyn. Problem som da oppstår, vil måtte løses på samme måte som etter forskriften.<sup>19</sup>

Oppdragsgiver kan imidlertid ha valgt en noe vagere utforming av prinsippet. Eksempler på dette kan være ” det anbud som etter en konkret vurdering fremstår som det billigste, vil bli valgt”. En språklig forståelse av dette utsagnet vil trekke i retning av at, det løftet som er gitt, ikke er like ubetinget. Ved en slik utforming av prinsippet vil det kunne argumenteres for at oppdragsgiver innehar en noe større grad av frihet til å vurdere og prissette ulike risikospørsmål. Spørsmål blir ikke utelukkende hvilken anbudssum som er den laveste, men mer et spørsmål om hvilket anbud som reelt sett fremstår som det billigste.<sup>20</sup> Her vil det være legitimt for oppdragsgiver å foreta en økonomisk risikoberegning av eventuelle forbehold. Likevel må det gjøres en konkret vurdering av hvor sikkert det er mulig å prissette forbeholdet. Om det ikke er mulig å foreta en tilstrekkelig presis fastsettelse av verdien av forbeholdet må anbudet avvises.

Ved forslag om alternative løsninger vil det også kunne oppstå problemer. En vurdering av disse forutsetter i stor grad vurderinger ut over de rent økonomiske. Det er i alle tilfeller fare for at oppdragsgiver vil være fristet til å trekke andre forhold enn prisen inn i vurderingen. De beste grunner taler da for at anbud som inneholder forslag til alternative løsninger, skal avvises.

Anbud som inneholder andre tidsrammer enn de som er oppgitt i anbudsgrunnlaget, kan også medføre problemer. Det kan anføres at det er mulig å prissette tidspunktet for prestasjon av ytelsen. Tid er en kvantitativ størrelse som ved første øyekast relativt enkelt kunne regnes om til en pris. På den annen side vil det kunne være stor variasjon i hvordan ulike oppdragsgivere ville prissette tiden. Betydningen av å få levert ytelsen vil følgelig kunne variere mye. Dette gjør at selve vurderingen lett blir mer avhengig av skjønn. Man mister noe av den objektive norm som billigst-anbudsprinsippet skal sikre. Med denne begrunnelse må trolig anbud med en tidsramme som avviker fra anbudsgrunnlaget, avvises.

---

<sup>19</sup> Se drøftelsen av disse spørsmålene under punkt 2.2.

<sup>20</sup> Se Simonsen, Prekontraktuell ansvar, s. 713.

#### 2.2.4 Erstatning ved brudd på billigst-anbudsprinsippet

I de tilfeller tildeling av kontrakt skal skje etter et billigst-anbudsprinsipp, er oppdragsgiver forpliktet til å inngå avtale med leverandør som har levert tilbudet med lavest pris. Leverandørene som deltar i konkurransen vil ha et rettskrav på at leverandøren med det laveste tilbudet får kontrakten. Kriteriet for tildeling, pris, er av rent kvantitativ art. Det er da en objektiv norm for hvilken leverandør som skal velges. Domstolen får en god mulighet til å kontrollere at retningslinjene for konkurransen og forpliktelsen ovenfor leverandørene er opprettholdt. Det vil heller ikke by på nevneverdige problemer å peke ut den av leverandørene som har levert det laveste tilbudet. Denne er det begått et rettsbrudd ovenfor. Den som fyller betingelsen oppdragsgiver har fastsatt i anbudsgrunnlaget, vil dermed ha et rettskrav på kontakt. I disse tilfellene vil anbudsinnbydelsen sammen med anbudsgrunnlaget fremstå som et tilbud til leverandørene. Leverandøren har ved å levere det lavest tilbudet oppfylt betingelsen. Det foreligger en kontraktsmessig binding. Oppdragsgivers etterfølgende aksept vil i disse tilfellene ikke være mer enn en stadfestelse av et etablert rettsforhold. Oppdragsgiver har ved å velge en annen leverandør brutt med sin forpliktelse om at leverandøren med det laveste anbudet skal tildeles kontrakt. Oppdragsgivers rett til å avbestille, vil avskjære leverandøren rett til naturaloppfyllelse. Leverandøren vil imidlertid kunne ha et krav på erstatning for oppfyllelsesinteressen, den positive kontrakts interesse. Dette forutsetter imidlertid at de andre vilkårene for erstatning foreligger, se nedenfor.

Den konkrete utformingen av skranken i avtalen vil kunne få erstatningsrettslige konsekvenser. Der oppdragsgiver er gitt en noe større grad av frihet vil domstolen være mer tilbakeholdne med å stadfeste at leverandøren har et rettskrav. Det er en glidende overgang mellom billigst-anbudsprinsippet og best-anbudsprinsippet. Avgjørelsen av om det foreligger et rettskrav må avgjøres etter en konkret vurdering, uavhengig av hvilken merkelapp som settes på tildelingsregimet.

## 2.3 Best-anbudsprinsippet

### 2.3.1 Innledning

I de tilfellene tildelingen av kontrakt skal skje etter et best-anbudsprinsipp, har oppdragsgiver avgitt et løfte ovenfor leverandøren om hvordan vinneren av kontrakten skal plukkes ut. Prinsippet oppstiller et mål for tildelingsprosessen. Oppdragsgiver skal søke seg frem til det beste tilbudet. Når valget av beste leverandør skal foretas, vil det likevel være et temmelig stort rom for oppdragsgivers skjønn. Avveiningen av hvilket tilbud som skal velges blir styrt av så vel subjektive som objektive faktorer. Oppdragsgiver skal velge det anbudet som forretningsmessig fremstår som det beste. Hvilke reelle skranker oppdragsgivers valg av tilbud vil være underlagt etter dette regime, vil i stor grad variere etter prinsippets konkrete utforming.

### 2.3.2 Best-anbudsprinsippet fastsatt i eller i medhold av lov

Hensikten med utvelgelsesprosessen er å finne frem til tilbudet som er det ”økonomisk mest fordelaktige”.<sup>21</sup> Det er en bred forretningsmessig vurdering av anbudene som følgelig skal foretas. Den offentlige oppdragsgiver bør opptre og vektlegge de ulike hensyn som en privat bedrift i søken av økonomisk profitt ville ha gjort.<sup>22</sup>

Denne prosessen skal være styrt av fastsatte kriterier. De kriteriene som er relevante for oppdragsgiver, skal være positivt avgrenset på forhånd, jf. forskrift om offentlig anskaffelser § 10-2 (2). Gjennomsiktighetsprinsippet er grunnleggende innenfor systemet med offentlige anskaffelser. Prinsippet går blant annet ut på at samtlige av de vurderingskriteriene som det vil bli lagt vekt på, skal oppgis på forhånd. Det å vektlegge andre hensyn enn de som positivt er oppgitt, vil være et brudd med anbudsreglene. Denne avgrensningen skal skje i kontraktsgrunnlaget eller i kunngjøringen.<sup>23</sup> Leverandørene skal på denne måten gjøres kjent med hvilke kriterier oppdragsgiver vil

---

<sup>21</sup> Jf. Forskrift om offentlig anskaffelser § 10-2.

<sup>22</sup> Se Sejersted, Arnesen m. f., EØS-rett, s. 327flg.

<sup>23</sup> Jf. Forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 (2).

vektlegge før de pådrar seg kostnader ved utarbeidelsen av anbudet. Forskriften inneholder også en eksemplifisering av kriterier som kan benyttes. Denne oppramsingen er ikke uttømmende. Det vil også være begrensninger i de hensyn oppdragsgiver kan nevne i anbudsgrunnlaget. Saklighetskrav og EØS-rettens diskrimineringsforbud vil danne en ytergrense for de kriterier som kan vektlegges.

I hvilken grad pålegger så best-anbudsprinsippet oppdragsgiver en plikt til å anta et bestemt anbud?

Tema var oppe for Høyesterett i Rt 2000 s. 1076 Jørpeland barneskole-dommen. Strand kommune skulle etablere en ny barneskole på Jørpeland. På denne bakgrunn utlyste kommunen i 1996 en anbudskonkurranse for byggingen av skolen. Anbudsreglen for tømrentreprise, som denne saken gjaldt, viste til NS 3400. Det var imidlertid tatt inn en særskilt bestemmelse om et såkalt best-anbudsprinsipp. I det gjeldende anbudsreglementet het det:

”Det anbud som anses som mest fordelaktig, vil bli valgt. Ved vurderingen tas hensyn til pris, kvalitet, forbehold, leveringstid, drift- og vedlikeholdskostnader m.v.

Det vil bli lagt vekt på om entreprenøren har det faglige, tekniske og økonomiske grunnlag som er nødvendig for oppfylling av kontrakten.”

Tre leverandører deltok i konkurransen. Faber Bygg AS reiste sak mot kommunen med krav om erstatning. I herredsretten ble Faber kun tilkjent erstatning for den negative kontraktsinteressen. Lagmannsretten fant heller ikke at vilkårene for å tilkjenne positiv kontrakts interesse var oppfylt. Faber Bygg AS anket dommen inn for Høyesterett. Strand kommune skulle velge den leverandøren som leverte det mest fordelaktige anbudet. De hensyn som var nevnt i anbudsreglementet var pris, kvalitet, forbehold, leveringstid, drift- og vedlikeholdskostnader. Disse hensynene var ikke uttømmende. Førstvoterende kom til at en konkret tolkning av anbudsreglene ga ”et vidt skjønnsmessig spillerom for kommunen når det gjelder hvilket anbud som skal velges”. Kommunen hadde også en adgang til på saklig grunnlag å forkaste samtlige anbud. Faber Bygg AS hadde da ikke noe avtalemessig krav på å få sitt anbud antatt.

Forskjellene mellom det best-anbudsprinsippet som er lagt til grunn i den aktuelle saken og det som følger av en tolkning av forskriften, synes ikke å være store. I begge tilfellene er oppdragsgiver gitt en ikke ubetydelig skjønnsfrihet. Dette peker i retning av at leverandøren ikke kan ha et rettskrav på kontrakt der tildelingen skal skje etter et best-anbudsprinsipp.

Det kan allikevel stilles spørsmål om det kan være annerledes der oppdragsgiver etter en konkret vurdering er forpliktet til å velge en bestemt leverandør. Hvis oppdragsgiver velger en annen leverandør, vil det foreligge et rettsbrudd. Det kan ikke sees bort fra at konkrete situasjoner kan oppstå der oppdragsgiver blir bundet til et sterkt objektivisert vurderingstema. Desto mer objektivisert vurderingen av oppdragsgivers valg fremstår, desto større er muligheten for at domstolen kan sanksjonere bruddet med erstatning for positiv kontraktinteresse. I mange av disse tilfellene vil det imidlertid være naturlig å bygge et erstatningskrav på at det er sannsynlig at leverandøren ville fått kontrakt om feilen ikke var begått.<sup>24</sup>

I Jørpeland barneskole-dommen var best-anbudsprinsippet nokså generelt utformet og dommen må forstås ut ifra dette. Dommen sier ikke noe om leverandøren kan ha et rettskrav på kontrakt der oppdragsgivers skjønnsfrihet i det konkrete tilfellet er betydelig innskrenket.

Der tildeling av kontrakt skjer etter forskriftens best-anbudsprinsipp, er oppdragsgiver forpliktet til å peke ut de kriteriene han ønsker og vektlegge i anbudsreglementet, jf. punkt 2.2.2. Oppdragsgiver vil ofte ha mindre frihet enn det som var tilfellet i Jørpeland barneskole-dommen. Situasjoner kan oppstå der en konkret tolkning av anbudsgrunnlaget, holdt opp mot de aktuelle anbudene, vil trekke i retning av at en leverandør har et rettskrav på kontrakt. Et eksempel kan være der oppdragsgiver har angitt de relevante tildelingskriteriene til pris og kvalitet. I utgangspunktet har oppdragsgiver her et ikke ubetydelig rom for skjønnsfrihet. Om det imidlertid skulle vise seg at de innleverte tilbud har identisk kvalitet, vil oppdragsgiver stå igjen med pris som det eneste relevante tildelingskriteriet. Med andre ord vil tildelingsprosessen i disse tilfellene være fri for oppdragsgivers skjønn. Utvelgelsen må dermed skje etter et rent

---

<sup>24</sup> Se avsnitt 3 for en nærmere redegjørelse av dette temaet.

kvantitativt kriterium. Slike tilfeller kan blant annet tenkes der konkurransen dreier seg om en masseprodusert artikkel. Dersom et tilbud skiller seg ut med lavest pris, vil det være et rettsbrudd om oppdragsgiver velger et annet tilbud. Forutsatt at oppdragsgiver ikke har saklig grunn til å forkaste samtlige tilbud, vil han være forpliktet til å inngå kontrakt med leverandør med lavest pris.

### 2.3.3 Best-anbudsprinsippet fastsatt ved avtale

Best-anbudsprinsippet kan også være utformet i konkurransegrunnlaget. Hvilke skranker gir i realiteten et slikt avtalefestet ”best-anbudsprinsipp” oppdragsgiver? Tilsynelatende vil en vedtagelse av dette prinsippet fremstå som et betinget løfte. Oppdragsgiver forplikter seg til å inngå avtale med den leverandøren som har levert det økonomisk mest fordelaktige anbudet. Velger oppdragsgiver å inngå avtale med den som har levert det nest beste anbudet, vil dette kunne være et løftebrudd. Forpliktelsen må fastsettes ut ifra en konkret tolkning av avtalen.<sup>25</sup>

I Rt 2000 s. 1076 Jørpeland barneskole-dommen tok Høyesterett, som tidligere nevnt, stilling til om en leverandør hadde et rettskrav på kontrakt der konkurransen skulle gjennomføres etter et best-anbudsprinsipp. Høyesterett foretok en konkret tolkning av anbudsreglementet. Leverandøren hadde, slik anbudsreglementet var utformet, ikke et rettskrav på kontrakt. Kommunen hadde et vidt skjønnsmessig spillerom, og kunne på saklig grunnlag forkaste samtlige anbud. I utgangspunktet trekker dommen i retning av at leverandør ikke kan ha rettskrav på kontrakt i tilfeller hvor konkurransen gjennomføres etter best-anbudsprinsippet.

Oppdragsgiver vil kunne være svært negativ til at hans avveining av hva som totalt sett utgjør det beste anbudet skal kunne overprøves av domstolen. Det er svært sammensatte vurderinger en aktør i markedet må foreta før han avgjør om og med hvem han ønsker å kontrahere. Det er innlysende at oppdragsgiver da vil ha behov for en ikke ubetydelig

---

<sup>25</sup> Se punkt 2.2.3 for en nærmere redegjørelse av tolkningsprinsippene.

skjønnsfrihet for at han skal lykkes. Oppdragsgiver vil da som regel velge en mindre formalisert tildelingsmodell.

Selve vurderingen av hva som utgjør det beste anbudet kan, i mange tilfeller, ikke sies å være særlig godt egnet for domstolskontroll. Det er snakk om brede vurderinger av økonomisk karakter som domstolen kan ha dårlige forutsetninger for å trekke. Dette trekker i retning av at domstolen ikke ønsker, og derfor vil være tilbakeholden med å gå inn i den konkrete prøving av nevnte elementer i den grad disse blir skjønnsmessige.

Det kan allikevel spørres om det unntaksvis etter best-anbudsprinsippet kan eksisterer et betinget løfte som kan gi erstatning for oppfyllelsesinteressen.

I Jørpeland barneskole-dommen var det et generelt best-anbudsprinsipp som regulerte konkurransen. Dommen tar, som tidligere nevnt, ikke stilling til om leverandøren kan ha et rettskrav på kontrakt der oppdragsgivers valgfrihet er underlagt betydelige begrensninger.

Det kan tenkes unntak der oppdragsgiver har presisert nærmere hvilke kriterier han vil legge vekt på, og kanskje også prioriteringen mellom disse. På denne måten kan oppdragsgiver ha fjernet elementene av skjønn fra tildelingsprosessen. Det kan i disse tilfellene, som sagt ovenfor, oppstå unntakssituasjoner der det er naturlig å si at leverandøren har et rettskrav på kontrakt.

## 2.4 Valgfrihetsklausuler

### 2.4.1 Innledning

Det har i norsk, så vel som internasjonal, anbudsrett vært vanlig å ta inn klausuler om at oppdragsgiver skal stå fritt i sitt valg av leverandør.<sup>26</sup> En slik valgfrihetsklausul er også tatt inn i NS 3400 pkt. 13.1. Denne standarden er ment å utgjøre en modell for avholdelse av anbudskonkurranser innenfor bygg og anlegg. NS 3400 blir brukt i stort

---

<sup>26</sup> Jf. Simonsen, Prekontraktuelt ansvars, s. 680.



omfang. Dette gjelder også utenfor det anvendelsesområde standarden er ment å omfatte. Dersom NS 3400 er gjort til en del av konkurransegrunnlaget, inneholder følgelig denne standarden ingen direkte skranker for oppdragsgivers valg av leverandør. Hvis innbyder til konkurransen er en offentlig oppdragsgiver, vil ikke en valgfrihetsklausul kunne benyttes. Loven og forskriften fastsetter her et regime som utelukker slike klausuler.<sup>27</sup>

Tanken er at om oppdragsgiver innfører en slik klausul, vil han i utgangspunktet stå fritt i sitt valg av anbud. Det skjønn oppdragsgiver da skal foreta ved utvelgelsen, er ikke underlagt noen avtalefestede skranker. Dersom oppdragsgiver anses å kunne velge fritt, vil en leverandør ikke kunne ha et erstatningskrav basert på at løfte om kontrakt er gitt.

Imidlertid er det en festnet oppfatning at oppdragsgiver ikke står helt fritt ved avholdelsen av anbudskonkurransen. Bare ved å innby til konkurransen har oppdragsgiver forpliktet seg til å følge enkelte prinsipper fastlagt i bakgrunnsretten.

Spørsmålet blir i hvilken grad klausulen kan tas på ordet, slik at den fungerer som en ansvarsfraskrivelse i forhold til saklighetskravet i bakgrunnsretten. Spørsmålet kan ikke besvares generelt. Det må foretas en konkret tolkning av hele konkurransesituasjonen.

#### 2.4.2 Individuelt fastsatte valgfrihetsklausuler

Der valgfrihetsklausulen er inntatt i anbudsreglementet på en annen måte enn en henvisning til NS 3400, vil klausulen klart gi uttrykk for et bevist valg. Formodningen vil være at oppdragsgiver ønsker å stå helt fritt i sitt valg av anbud. Klausulen vil fungere som et "as is" forbehold. Et erstatningsansvar for den positive kontraktsinteresse etter rettskravsteorien vil i disse tilfellene være utelukket. En mulig reaksjon mot oppdragsgivers illojale opptreden kan da tenkes etter avtaleloven §§ 33 og 36. Dette spørsmålet vil falle utenfor rammer for denne avhandlingen.<sup>28</sup> Selv der en

---

<sup>27</sup> Se punkt 2.3.

<sup>28</sup> For en nærmere redegjørelse av dette temaet se Simonsen, Prekontraktuelt ansvar, s. 418 flg.

valgfrihetsklausul er valgt, kan det foreligge holdepunkter som tilsier en tolkning i tråd med deklarasjonsrett.

#### 2.4.3 Tolkning av valgfrihetsklausulen i NS 3400

I de situasjoner klausulen har blitt en del av avtaleforholdet gjennom en henvisning til NS 3400, kan det være nærliggende å trekke den slutning at klausulen ikke innebærer en ansvarsfraskrivelse i forhold til saklighetskravet i bakgrunnsretten. Tanken da standarden ble gitt var at denne bestemmelsen skulle gi et uttrykk for rettsstillingen etter deklarasjonsrett. En mulig innfallsvinkel er at man sier at standarden gir uttrykk for gjeldende bakgrunnsrett ved standardens vedtakelse. Dette vil imidlertid innebære et nokså statisk synspunkt. Synspunktet ville også ha den konsekvens at standardens løsninger lett ville bli foreldet. Videre er det alminnelig antatt at standarden i dag gir uttrykk for bakgrunnsretten på anbudsrettens område jf. Snøbrøyting-dommen Rt 1998 s. 1951. Innfortolker man ikke en vekselvirkning mellom standarden og bakgrunnsretten, vil ikke forbindelsen mellom disse kunne opprettholdes. Domstolen har i flere avgjørelser satt skranker for offentlige myndigheters skjønnsmessighet. I mange av disse sakene er NS 3400 pkt 13.1 en del av anbudsreglementet. Dette kan trekke i retning av at standarden blir supplert av bakgrunnsretten. Dommenes betydning skal imidlertid ikke strekkes for langt. Det kan også være at domstolen satt klausulen til side på bakgrunn av de alminnelige saklighetskrav som må stilles til offentlig aktørers beslutninger og handlinger.

NS 3400 vil, alle forhold tatt i betraktning, på dette punkt ikke innebære noe annet enn en henvisning til bakgrunnsretten. De erstatningsrettslige konsekvensene blir følgelig her de samme som etter bakgrunnsretten.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Se punkt 2.5.

## 2.5 Hvilket regime gjelder etter bakgrunnsretten?

Spørsmålet som her skal drøftes er hvilke skranker som eventuelt gjelder der det ikke i lov eller avtale er fastsatt begrensninger i oppdragsgivers valgrett. Det er kun spørsmål om det gjelder skranker av en slik art at oppdragsgiver ved å innby til konkurransen har bundet seg rettslig før han har akseptert et anbud.<sup>30</sup> Utarbeidelse av et anbud medfører ofte store kostnader. Disse kostnadene får leverandøren normalt bare dekket om det er han som blir tildelt kontrakten. Leverandørene ofrer følgelig ikke ubetydelige ressurser ved å delta i konkurransen. Dette kan gi leverandørene en berettiget forventning om at oppdragsgiver skal holde seg innenfor rammer for lojalitet og saklighet. Spørsmålet er om man, også uten konkrete holdepunkter i avtale eller lov, kan gå et skritt videre og si at leverandøren har en berettiget forventning om hvordan tildelingen av kontrakten skal skje. Om dette er tilfellet, vil selve innbydelsen til konkurransen kunne fungere som et betinget løfte. Hvis oppdragsgiver skal velge et anbud, må valget falle på det anbud som oppfyller betingelsen.

Det kan være mange mer eller mindre gode grunner til at oppdragsgiver ikke ønsker å kontrahere med noen av leverandørene. Det er generelt akseptert at oppdragsgiver står fritt til å unnlate og kontrahere der det kun er inngitt ett anbud, og til å avvise alle der han har saklig grunn til det.<sup>31</sup>

Dersom oppdragsgiver velger å akseptere et tilbud, er han da forpliktet til å velge tilbudet med den laveste prisen?

I praksis er det ytterst sjelden at oppdragsgiver ved avtale har forpliktet seg til å velge det laveste anbudet. Med andre ord er prinsippet, til tross for en viss renessanse innen for offentlige anskaffelser, ikke særlig utbredt i praksis. Dette trekker klart i retning av at oppdragsgiver i henhold til bakgrunnsretten ikke er forpliktet til å velge tilbudet med den laveste prisen.

---

<sup>30</sup> Se Sandvik, Norsk Gjenklang, s. 492.

<sup>31</sup> Se Sandvik, Norsk Gjenklang, s. 493.

Det er imidlertid klart at prisen gjennomgående vil være et moment av vesentlig betydning ved avgjørelsen av anbudskonkurranser. Det ligger på en måte innebygd i hele anbudsinstuttet at prisen skal være et tungtveiende moment i vurderingen. Gode grunner kan da trekke i retning av at om oppdragsgiver ønsker å legge andre kriterier til grunn, er det nærliggende at han presiserer dette i anbudsgrunnlaget.

På den annen side gir denne løsningen klare svakheter. Ikke minst ved de åpne anbudskonkurransene. Her vil det for oppdragsgiver være mange hensyn foruten prisen som kan være av avgjørende betydning. Leverandørenes faglige kvalifikasjoner, erfaring, innsikt og finansielle stilling vil kunne være av stor betydning for det endelige resultatet. I alle fall når det gjelder de åpne anbudskonkurransene kan det ikke gjelde noe krav om at leverandør skal velge det laveste anbudet.

Ved lukkede anbudskonkurranser vil oppdragsgiver ha vurdert de ulike leverandørene på forhånd. Det er da ofte foretatt en vurdering av blant annet leverandørenes kvalifikasjoner og finansielle situasjon før innbydelsene blir sendt ut. Oppdragsgiver har kun invitert de leverandørene han finner egnet til å utføre oppdraget. Det er da skapt en viss forventning hos leverandørene om at prisen alene vil utgjøre det relevante tildelingskriterium. Oppdragsgiver finner det heller ikke alltid nødvendig å vektlegge andre momenter. Dette kan imidlertid ikke sies å gjelde uten unntak. Selv om egnethet til kandidatene er vurdert før konkurransen begynner, betyr ikke dette at leverandørene på dette område fremstår som like. Selv om leverandørene er velkomne til å delta i konkurransen, vil variasjonen i hvordan oppdragsgiver vurderer deltakernes egnethet kunne være stor. Nekter man oppdragsgiver å ta hensyn til dette ved tildeling av kontrakt, vil man få et stivbeint og lite fleksibelt system.

Etter dette må det konkluderes med at oppdragsgiver etter norsk bakgrunnsrett ikke er forpliktet til å velge tilbudet med den laveste prisen.

Spørsmålet blir om det gjelder et best-anbudsprinsipp etter bakgrunnsretten?

NS 3400 inneholder en valgfrihetsklausul, se punkt 2.4.<sup>32</sup> Som sagt ovenfor, er det sterke indikasjoner på at standarden er et uttrykk for deklarasjonsrett innenfor anbudsretten, jf. Rt 1998 s. 1951 Snøbrøytnings-dommen. Dette kan trekke i retning av at det ikke kan stilles opp et best-anbudsprinsipp etter bakgrunnsretten.

På den annen side har det de senere år skjedd en utvikling innenfor anbudsretten. Det er tegn på at valgfrihetsklausuler er på vikende front. Man har innenfor store områder innsett at hensynet til leverandørene og en mer kontrollerbar konkurranse må styrkes. Offentlige rettssubjekter som faller innenfor regelverket om offentlige anskaffelser, må nå velge mellom tildeling av kontrakt etter et best-anbudsprinsipp eller et billigst-anbudsprinsipp. Dette medfører at bruken av valgfrihetsklausuler i praksis vil være mye mindre utbredt. Når det offentlige som sentral aktør i anbudsretten er forpliktet til å fastsette et mål for konkurransen, er det gode grunner til at denne løsningen skal anses som deklarasjonsrett.

Videre er det foreslått å revidere NS 3400. I høringsutkastet til revisjon av NS 3400 er det foreslått en endring fra valgfrihet til et best-anbudsprinsipp. På grunn av den sentrale stilling standarden har innen anbudsretten kan dette sies å trekke i retning av at best-anbudsprinsippet generelt står sterkere.

Det kan likevel sies å være et åpent spørsmål om vi i dag kan stille opp et best-anbudsprinsipp som det deklarasjonske utgangspunktet innenfor anbudsretten, men mye taler i hvert fall for at det er en bevegelse i denne retningen.

Spørsmålet som da kan stilles, er om de alminnelige anbudsrettslige prinsippene setter slike skranker for oppdragsgivers valgrett at en leverandør i det konkrete tilfeller vil kunne ha et rettskrav på kontrakt.<sup>33</sup> Det alminnelige saklighetskravet vil her kunne være av særlig interesse. Metoden er kjent fra forvaltningsretten hvor prinsippet er utviklet gjennom domstolene. Her er det lang tradisjon for at domstolene ut fra krav til saklighet prøver aktørenes handlemåte.

---

<sup>32</sup> Jf. NS 3400 punkt 13.1.

<sup>33</sup> For en nærmere redegjørelse av disse alminnelige prinsippene se Simonsen, Prekontraktuelt ansvar, s. 555 flg.

I Rt 2000 s. 1076 Jørpeland barneskole-dommen tok, som tidligere nevnt, Høyesterett stilling til hvorvidt et best-anbudsprinsipp i et konkret tilfelle ga leverandøren et rettskrav på kontrakt. De skranker for oppdragsgivers valgfrihet, som kan oppstilles i bakgrunnsretten kan som hovedregel, uavhengig av om det gjelder et best-anbudsprinsipp eller bare et alminnelig saklighetskrav, ikke sies å sette betydelige begrensninger i oppdragsgivers skjønnsfrihet. Det vil i utgangspunktet være et vidt skjønnsmessig spillerom for oppdragsgiver når det gjelder hvilket anbud som skal velges. Han vil også kunne forkaste samtlige anbud der han har saklig grunn til det. Der skrankene for oppdragsgivers valgrett er fastsatt i bakgrunnsretten, vil båndene på oppdragsgiver som regel ikke være sterkere enn det som var tilfellet i Jørpeland barneskole-dommen. Leverandøren vil følgelig, som hovedregel, ikke ha et rettskrav på kontrakt der begrensningene av oppdragsgivers skjønnsfrihet kun følger av bakgrunnsretten. Et erstatningskrav for den positive kontraktsinteressen må i disse tilfellene normalt bygge på sannsynlighetsteorien.<sup>34</sup>

Det kan imidlertid unntaksvis oppstå situasjoner der oppdragsgiver ikke har noen reell valgrett. Et hvert valg av annen leverandør vil eksempelvis være usaklig, urimelig eller vilkårlig. I disse tilfellene vil leverandøren, til tross for at oppdragsgiver ikke var forpliktet i henhold til den opprinnelige avtalen, kunne ha et rettskrav på kontrakt.

## 2.6 Ansvarsgrunnlag

### 2.6.1 Innledning

Gjennom drøftelsene ovenfor har jeg sett på de tilfellene hvor oppdragsgiver har avgitt et betinget løfte om at leverandøren skal få kontrakt dersom betingelsen er oppfylt. Jeg forutsetter nå at oppdragsgiver objektivt sett har begått et rettsbrudd. Hvis dette rettsbruddet ikke var begått, ville kontrakten ha gått til en bestemt leverandør. Spørsmålet blir nå om det må foreligge skyld hos oppdragsgiver, og i så fall av hvilken

---

<sup>34</sup> Se avsnitt 3 i avhandlingen.

grad, før leverandøren kan kreve erstatning for oppfyllelsesinteressen. Det er ansvaret for oppdragsgivers kontraktsbrudd som skal undersøkes. Hvilke ansvarsgrunnlag som skal legges til grunn, kan i prinsippet reguleres gjennom avtale.

Innenfor anvendelsesområde til lov om offentlig anskaffelser kan imidlertid ansvarsgrunnlaget ikke reguleres ved avtale. En eventuell avtale om at et strengere ansvar enn det som følger av bakgrunnsretten, er neppe særlig praktisk. En valgfrihetsklausul vil imidlertid, som illustrert ovenfor, kunne fungere som en ansvarsfraskrivelse. I mangel av andre holdepunkter er det de alminnelige erstatningsrettslige prinsipper innenfor kontrakt som må legges til grunn.

## 2.6.2 Objektivt ansvar - ansvar for avbestilling

Det kan stilles spørsmål om et erstatningsansvar kan gjøres gjeldende på rent objektivt grunnlag der leverandøren har rettskrav på kontrakt. På grunn av oppdragsgivers avbestillingsrett kan et krav om naturaloppfyllelse ikke føre frem. Spørsmål blir om oppdragsgiver blir ansvarlig for leverandørens tap som om han hadde avbestilt ytelsen.

I gjensidig bebyrdende kontraktsforhold taper ikke realdebitor sitt krav på vederlag selv om realkreditor ikke vil motta ytelsen. Avbestiller skal betale vederlag for det arbeidet som er utført, og erstatning for det tap motpartene lider ved ikke å kunne fullføre arbeidet. Det kan da argumenteres for at oppdragsgiver som følge av avbestillingen alene, vil være ansvarlig for leverandørens tap. Oppdragsgiver vil i disse tilfellene være forpliktet til å inngå kontrakt med leverandøren. Avtalen vil, der leverandøren har rettskrav på kontrakt, i realiteten være inngått når leverandøren leverer anbudet som innfrir betingelsene. Det at oppdragsgiver ikke antar anbudet er uten avgjørende betydning fordi det rettsstiftende faktum allerede foreligger. Dette trekker i retning av at oppdragsgiver skal erstatte leverandørens oppfyllelsesinteresse på objektivt grunnlag.

Et slikt objektivt ansvar vil, på den annen side, kunne virke svært strengt på oppdragsgiver. Det vil forekomme tilfeller der oppdragsgiver ikke er kjent med at han er forpliktet til å inngå kontrakt med leverandøren. Oppdragsgiver kan være i villfarelse

om de faktiske eller rettslige forhold som gjør han forpliktet. Tilfellene der leverandøren har et rettskrav på kontrakt vil skille seg vesentlig fra de typiske avbestillingstilfellene. I de alminnelige avbestillingstilfellene vil realkreditor ha vurdert sitt behov for ytelsen og de kostnadene en levering av ytelsen vil medbringe, opp mot kostnadene ved å avbestille. Et objektivt ansvar vil der leverandøren har et rettskrav på kontrakt kunne ramme oppdragsgiver hardt. Han vil, der kontrakt med annen leverandør er inngått, måtte oppfylle kontraktens hovedforpliktelser to ganger.

Det må anses som et åpent spørsmål om leverandøren kan gjøre et ansvar gjeldene på objektivt grunnlag.

### 2.6.3 Skyldansvar

Etter tradisjonell lære er det alminnelig ansvarsgrunnlaget i kontraktsretten et skyldansvar. Culpareglen kommer til anvendelse i de tilfeller der det ikke er holdepunkter for en annen, strengere eller mildere erstatningsregel. Ansvar forutsetter at oppdragsgiver har handlet i strid med det han burde ha gjort. I dette ligger det et krav om at det må foreligge handlingsalternativer. I tilfeller som dem vi her står ovenfor, vil handlingsalternativer ikke være noen reell hindring for ansvar. Rettsbruddet består i at oppdragsgiver ikke har oppfylt det betingede løftet han har gitt. Det vil da så godt som alltid foreligge handlingsalternativ.

Ansvar vil imidlertid ikke kunne ilegges der oppdragsgiver er i unnskyldelig villfarelse om at han var forpliktet til å kontrahere med leverandøren. Det kan i tråd med tradisjonen skilles mellom rettslig og faktisk villfarelse.

Rettsvillfarelse vil vanligvis ikke kunne anføres som relevant unnskyldningsgrunn. En anerkjennelse av at rettsvillfarelsen kan være unnskyldelig vil kunne undergrave anbudsreglenes effekt. Prevensjonshensyn taler for at oppdragsgiver ikke kan fritas for ansvar der han er i rettsvillfarelse. Risikobetraktninger kan også sies å trekke i samme retning. Der oppdragsgiver beveger seg i reglenes grenseområde må han selv bære



risikoen om han trår feil. Det skal følgelig svært mye til før rettsvillfarelse her kan påberopes.

Faktisk villfarelse vil oppdragsgiver kunne påberope som grunn for at han ikke oppfylte forpliktelsen. Spørsmålet blir om oppdragsgiver burde ha skjønt hvordan tingene hang sammen. Det må her stilles krav til oppdragsgivers evne til å forstå faktum, samt en undersøkelsesplikt der det foreligger indikasjoner på at det var grunn til å undersøke fakta nærmere. Vurderingen av oppdragsgiver må være streng. Det er snakk om en profesjonell næringsdrivende slik at en streng norm må legges til grunn.<sup>35</sup>

Ved spørsmålet om oppdragsgiver har utvist tilstrekkelig aktsomhet ved avholdelsen av anbudskonkurransen, vil leverandørens berettigede forventninger kunne stå sentralt. Om disse forventningene er brutt vil dette trekke i retning av at oppdragsgiver har vært uaktsom. På denne måten ser vi en sterk kobling mellom ansvarsgrunnlagets objektive og subjektive side. I de tilfellene oppdragsgiver har begått et rettsbrudd ved å ha gitt et betinget løfte som han senere ikke har innfridd, vil han ofte ha handlet uaktsomt. Den subjektive del av ansvarsgrunnlaget vil i disse tilfellene ofte være oppfylt.

#### 2.6.4 Objektivt ansvar - Kontrollansvaret

Det kan stilles spørsmål om oppdragsgiver er ansvarlig på objektivt grunnlag med unntak av de tilfellene hvor kontraktsbruddet ligger utenfor oppdragsgivers kontroll.

Denne ansvarsformen ble i norsk rett innført ved kjøpsloven av 1988 nr.26.

Ansvarsformen var hentet fra CISG konvensjonen, FN-konvensjon for kjøp av løsøre.

Ansvarsgrunnlaget er nå blitt innført i en rekke nye kontraktslover.

Håndverkertjenesteloven, Avhendingsloven, Bustadsoppføringsloven og Husleieloven har alle fått regler med denne ansvarsformen, dog med noe forskjellig utforming.

I de tilfellene ytelsen konkurransen dreier seg om faller innenfor anvendelsesområde til ovenfor nevnt kontraktslovgivning, kan det stilles spørsmål om ansvarsspørsmålet

---

<sup>35</sup> Normen for profesjonsansvar er illustrert i Rt 1988 s. 7 og Rt 1989 s. 1318.

reguleres direkte av loven. Det mest praktiske vil være tilfeller som faller innenfor kjøpslovens virkeområde, jf. kjl kapittel I. Loven er deklarasjonslov uten forbrukerkjøp jf. kjl §§ 3 og 4. I de tilfellene leverandøren har et rettskrav på kontrakt, vil som sagt i punkt 2.6.2, avtalen i realiteten være inngått idet leverandøren leverer anbudet som innfrir betingelsene. Hvis avtaleforholdet faller innenfor kjøpslovens anvendelsesområde synes ansvarsgrunnlaget å være regulert av loven. Dette trekker i retning av at oppdragsgiver her blir ansvarlig for leverandøren direkte tap dersom han ikke godtgjør at feilen ligger utenfor hans kontroll.

På den annen side er det ved utformingen av kjøpsloven ansvarsregler ikke tatt hensyn til de særlige hensyn som gjør seg gjeldende innenfor anbudsretten. Et kontrollansvar kan virke strengt ovenfor oppdragsgiver. Det er ikke tatt tilstrekkelig hensyn til den ofte uoversiktlige rettslige og faktiske situasjon oppdragsgiver står ovenfor ved tildeling av kontrakt. Det må derfor sies å være et åpent spørsmål om ansvarsspørsmålet i disse tilfellene reguleres direkte av loven.

Det kan da stilles spørsmål om kontrollansvaret gjelder på ulovfestet grunnlag.

Innledningsvis kan det nevnes at innføringen av ansvarsformen tok sikte på å erstatte den tidligere læren om objektivt ansvar med unntak for force majeure som gjaldt for generisk bestemte forpliktelser. For de øvrige forpliktelser gjaldt et culpaansvar. De tilfellene vi her står ovenfor er spesiesytelser, noe som trekker i retning av at det er den alminnelige culpareglen som her må anvendes. Erstatningsansvar for individuelt bestemte ytelser er som hovedregel betinget av uaktsomhet. En langvarig praksis slår fast dette ansvarsgrunnlaget for ulovfestede kontraktstyper. På den annen side har lovgiver vist stor vilje til å innføre kontrollansvaret på nye områder.

Håndverkertjenester er et eksempel på individuelt bestemte ytelser hvor det nå gjelder et kontrollansvar.<sup>36</sup> Loven er imidlertid en forbrukerlov. Trolig har dette hatt innvirkning på lovgivers utforming av ansvarsgrunnlaget. Det finnes også andre forhold som trekker i retning av at kontrollansvaret, som er nedfelt i kjøpsloven, ikke kan sies å være den alminnelige regel innenfor kontrakt. Loven har for det første en sonndring mellom direkte og indirekte tap. Det er kun det direkte tapet som kan dekkes ved et

---

<sup>36</sup> Jf. håndverkertjenesteloven § 28.

kontrollansvar. For at dekning av det indirekte tapet skal skje må selger ha vært uaktsom. Denne sontringen kan ikke oppstilles på ulovfestet grunnlag. Man ville i så fall få et annet og mer omfattende ansvar etter alminnelig erstatningsrett enn etter kjøpslovens system. Dette trekker i retning av at en ikke kan stille opp en regel om kontrollansvar på generelt grunnlag. På denne bakgrunn kan det ikke sies å gjelde et kontrollansvar ved anbudsfeil av den her omtalt type.

#### 2.6.5 Ansvarsgrunnlaget etter lov om offentlige anskaffelser

Der en leverandør har et rettskrav på kontrakt, og dette kravet følger av at oppdragsgiver har brutt med reglene for offentlig anskaffelser, kan det stilles spørsmål om den avtalerettslige synsvinkelen kan legges til grunn. Leverandørens krav følger her ikke av avtale, men av lov. Lov om offentlige anskaffelser har i § 10 en regulering av erstatningsspørsmålet. Det er imidlertid i forarbeidene til loven, Ot.prp. nr. 71 (1997-98) s. 68 og NOU 1997 s. 118, sagt at reguleringen ikke innebærer en endring av gjeldende rett. Det ansvarsgrunnlaget som kreves blir følgelig likt uavhengig av om tildelingen faller innenfor eller utenfor lovens anvendelsesområde.

### **3 Erstatning hvor det er sannsynlig at leverandør ville ha fått kontrakten**

#### **3.1 Innledning**

Temaet for vurderingen er om en leverandør som kan sannsynliggjøre at han ville ha blitt tildelt kontrakten om oppdragsgiver hadde fulgt anbudsreglene, kan kreve erstatning for den positive kontraktsinteresse.

Det var lenge usikkert om det etter norsk rett kunne stilles opp en regel med et slikt innhold. En ofte hevdet oppfatning var at leverandøren bare kunne kreve oppfyllelsesinteressen erstattet der han hadde et rettskrav på å få oppdraget, se avsnitt 2. Tilslutningen her var imidlertid ikke entydig.<sup>37</sup>

Høyesterett har gitt en nærmere avklaring av dette rettsspørsmålet i Nucleus-dommen Rt 2001 s. 1062.

Møre og Romsdal fylkeskommune skulle etablere et psykiatrisk senter ved Sentralsykehuset i Møre og Romsdal. På denne bakgrunn utlyste fylkeskommunen en begrenset anbudskonkurranse for arkitekttjenester. Utlysningen skjedde i samsvar med lov av 27. november 1992 nr. 116 om offentlig anskaffelser. Tre leverandører deltok i konkurransen. Nucleus, en gruppe bestående av syv arkitektfirmaer reiste sak mot fylkeskommunen med krav om dekning av sin positiv kontraktsinteresse. Nucleus fikk ikke medhold i herredsretten. Siden gruppen ikke hadde et rettskrav på kontrakt, fant retten ikke grunnlag for å tilkjenne positiv kontraktsinteresse. I lagmannsretten fikk derimot Nucleus medhold i sitt krav om erstatning for oppfyllelsesinteressen. Fylkeskommunen anket dommen inn for Høyesterett. Høyesteretts løsning vil ha stor rettskildemessig betydning for spørsmålet om erstatning av positiv kontraktsinteresse etter sannsynlighetsteorien.

---

<sup>37</sup> Se obiter-uttalelsen i Rt 1997 s. 574 og Simonsen, Prekontraktuelt ansvar, s. 814 flg.

Den alminnelige hjemmelen for å kreve erstatning ved brudd på anbudsregler utledes av den ulovfestede erstatningsretten. I forarbeidene til den tidligere loven om offentlige anskaffelser, Ot prp 97 (1991-92), s. 18, er dette fremhevet. Høyesterett har i tråd med dette i Rt. 1997 s. 574 uttalt: ”I mangel av nærmere regulering av erstatningsspørsmålet ved lov eller på avtalemessig grunnlag, må erstatningsansvaret bygge på alminnelig erstatningsrettslige grunnsetninger, men slik at disse tillempes de særlige hensyn som gjør seg gjeldende innen anbudsretten”.

I den nye loven om offentlige anskaffelser § 10 er det nå tatt inn en regel om erstatning ved brudd på reglene i loven og forskriften. En språklig forståelse av ordlyden kan trekke i retning av et objektivt ansvar der oppdragsgivers brudd på reglene har medført et tap for leverandøren. Av lovens forarbeider følger det imidlertid at reguleringen av erstatningsspørsmålet kun er en kodifisering av gjeldende rett, og ikke er ment å være en positivrettslig endring.<sup>38</sup> Det vil si at offanskl. § 10 kun gir den formelle hjemmel for erstatning. De materielle vilkår må fremdeles søkes i alminnelige erstatningsrettslige prinsipper. Lovgiver har her overlatt den nærmere fastsettelse av de materielle vilkårene for et slikt erstatningsansvar til domstolene.

## 3.2 Ansvarsgrunnlag

### 3.2.1 Innledning

Det alminnelige utgangspunktet i norsk rett må antas å være at det må foreligge et skyldansvar før en kan kreve sitt prekontraktuelle tap erstattet. Dette danner også utgangspunktet innenfor anbudsretten. Erstatning forutsetter at oppdragsgiver har brutt anbudsrettslige regler eller prinsipper, og at dette kan karakteriseres som en forsømmelse. I de tilfeller anbudsreglene brytes, vil det i praksis ofte foreligge en situasjon hvor oppdragsgivers handlemåte må karakteriseres som culpøs. På den annen side må man akseptere at det kan være vanskelig å gjennomføre en anbudskonkurranse.

For det offentlige gjelder et omfattende og komplisert regelverk. Lov og forskrift om offentlige anskaffelser setter rammer for hvordan prosessen skal gjennomføres. Dette regelverket er inkorporert i norsk lov etter krav satt i EØS-retten. Det vil si at tolkning og anvendelse av dette regelverk vil kunne ha stor betydning for den nærmere fastsettelsen av gjeldende norsk rett. Dette kan være med på å forsterke de vanskeligheter oppdragsgiver får med å overholde regelverket.

For private parter vil NS 3400 ofte danne et utgangspunkt for reguleringen av partenes mellomværende. Leverandører og oppdragsgiver vil hver for seg være interessert i få til særordninger, noe som kan være med på gjøre det vanskelig for oppdragsgiver å avgjøre om han er på rett eller gal side av det gjeldende regelverk.

Anbudsreglene er følgelig kompliserte, så vel med hensyn til den rettslige forståelsen av reglene, som med hensyn til anvendelsen på konkrete faktiske forhold. Det er forhold som etter en konkret vurdering kan tilsi at ikke et hvert rettsbrudd skal være tilstrekkelig for å tilkjenne erstatning. I tillegg vil en ileggelse av ansvar kunne ha svært vidtrekkende konsekvenser for oppdragsgiver. Oppdragsgiver risikerer i disse tilfellene, der han har inngått kontrakt med en annen leverandør, å måtte betale to ganger for den samme ytelsen. I større kontraktsforhold vil dette kunne dreie seg om betydelige beløp.

Høyesterett har i Nucleus-dommen Rt 2001 s. 1062 (1079) slått fast at det er en betingelse at det er begått ”vesentlige feil” før leverandøren kan kreve erstatning for oppfyllelsesinteressen. Førstvoterende med tilslutning fra de andre dommerne uttaler: ”det må være et visst rom for feil ved vurderingen av anbud, både med omsyn til det faktiske grunnlaget og med omsyn til forståing av regelverket, utan at dette gir grunnlag for ansvar for den positive kontraktsinteresse”. Høyesterett innfører et vesentlighetskriterium som ramme for ansvar. Det er da ikke tilstrekkelig at oppdragsgiver har opptrådt klanderverdig. Det er bare de grove overtredelsene som gir rett til erstatning av fortjenestetapet. Gjennom vesentlighetskriteriet innfører Høyesterett noe som kan karakteriseres som et særlig ansvarsgrunnlag for erstatning av positiv kontraktsinteresse. Høyesterett synes å modifisere eller presisere sitt utgangspunkt i

---

<sup>38</sup> Se Ot.prp. nr. 71 (1997-98) s.68 og NOU 1997:21, s. 118. I Ot. prp. nr. 71 uttales det at ”Departementet vil også her vise til at utvalgets forslag ikke er ment å innebære noe nytt i forhold til gjeldene rett.”

Læringsklausul-dommen Rt 1997 s.574. Her slo Høyesterett fast at spørsmålet om oppdragsgivers erstatningsansvar måtte avgjøres på bakgrunn av alminnelige erstatningsrettslige grunnsetninger, men slik at disse tillempes de særlige hensyn som gjør seg gjeldene innen anbudsretten. Det er avveiningen av de særlige hensyn som gjør seg gjeldene der leverandøren søker sin oppfyllelsesinteresse dekket, som begrunner vesentlighetskriteriet.

### 3.2.2 Vesentlige feil

Når innholdet av uttrykket ”vesentlig feil” skal fastsettes, må det foretas en bred vurdering av så vel objektive som subjektive elementer. Den objektive delen vil bestå i å vurdere hvorvidt det er begått et rettsbrudd av en vis art og størrelse. Den subjektive delen av vurderingen vil bestå i å vurdere i hvilken grad oppdragsgiver er å laste for det rettsbruddet som er begått. Det ligger i dette at det er de markerte og graverende feil som her tenkes sanksjonert.

Det bør også nevnes at kravet til årsakssammenheng vil begrense de relevante typer av feil. Kun de feil som med en viss grad av sannsynlighet ville ha kunnet bidra til at en leverandør ble forbigått i konkurransen, vil være av interesse. Se drøftelsen av dette vilkåret i punkt 3.3.

#### a. Ulike typer av feil

Ved anbudskonkurranser vil kontraktsinngåelse skje etter en strengt formalisert prosedyre.<sup>39</sup> En rekke typer feil har relevans for erstatningsspørsmålet.<sup>40</sup> De mest relevante feil, er likevel feil oppdragsgiver begår under selve anbudsprosedyren eller feil ved valg av leverandør. Den nærmere utformingen og innholdet av reglene kan selvsagt være forskjellig alt ettersom de er å finne i lov, avtale eller bakgrunnsrett. De feil som gjennomgående vil kunne ha et stort skadepotensiale under anbudsprosedyren, er feil knyttet til avvisning samt brudd med et forhandlingsforbud. Når det gjelder

---

<sup>39</sup> Se Krüger, Kontraktsrett, s. 101.

<sup>40</sup> For nærmere redegjørelse av disse se Simonsen, Prekontraktuelt ansvar, s. 557-739.

oppdragsgivers valg av leverandør, kan det tenkes at det blir gjort feil i selve grunnlaget for bedømmelsen og feil i avveiningen av de ulike anbudene. Som nevnt i avsnitt 2 vil imidlertid de skranker som settes for oppdragsgivers skjønnsfrihet kunne variere mye.

#### b. Feilens størrelse

I Nucleus-dommen gjorde Høyesterett det klart at også den objektive størrelsen på feilen må inngå i vurderingen av om de feil som er begått er vesentlige. Et avgjørende hensyn i vurderingen av feilens størrelse må være betydningen av feilen i forhold til de krav leverandøren vanligvis stiller til konkurranser av denne type. Leverandøren må kunne forvente at formålet med konkurransen opprettholdes. Formålet med en anbudskonkurranse vil, der annet ikke er sagt, være å sikre lik behandling, fair play og reell konkurranse på et kontrollerbart grunnlag mellom partene.<sup>41</sup> Om denne forventningen brytes, vil feilen lett kunne karakteriseres som stor. Tilfeller der det grunnleggende likebehandlingsprinsippet blir brutt, kan være et eksempel på dette. Det vil her skje en brist i den forventning leverandøren har ved deltakelse i konkurransen.

#### c. Skyld - graden av skyld

I hvilken grad oppdragsgiver kan lastes for feilen, blir i Nucleus-dommen utpekt som et sentralt element i vesentlighetsvurderingen. Det er følgelig gjort til en betingelse at oppdragsgiver har opptrådt culpøs. Etter den tradisjonelle lære er det en forutsetning for at en handling er klanderverdig, at det foreligger et handlingsalternativ, det vil si det ansvarlige alternativ. Ved å følge dette handlingsalternativet ville oppdragsgiver ikke ha handlet culpøst, men ansvarlig. I de situasjoner vi her står ovenfor, brudd på anbudsrettslige regler eller prinsipper, vil den alternative handling kunne følges uten nevneverdige vanskeligheter.<sup>42</sup> Av interesse vil være om faktum som utløste feilen fra oppdragsgiver var synbart. Man kan formulere dette som et spørsmål om oppdragsgiver var i villfarelse, og om denne villfarelsen er unnskyldelig. I de tilfellene hvor oppdragsgiver har hatt kunnskap om faktum eller rettsregel og allikevel begått feilen, det vil si forsettlig feil, er det åpenbart at han er mye å laste. Dette vil trekke sterkt i retning av at det foreligger en vesentlig feil. Vanskeligere er det der oppdragsgiver har

---

<sup>41</sup> Se Krüger, Kontraktsrett, s. 101.

<sup>42</sup> Se Simonsen, Prekontraktuell ansvar, s. 253.



vært i villfarelse. Her må det i tråd med tradisjonen sondres mellom faktisk og rettslig villfarelse.<sup>43</sup>

### 1. Villfarelse om faktiske forhold

I utgangspunktet må oppdragsgiver være ansvarlig for at han bygger sine beslutninger på riktige faktiske grunnlag. Noe annet ville ført til en uholdbar situasjon. På den annen side innebærer anbudskonkurransen at oppdragsgiver må ta stilling til et stort, og til tider svært komplisert faktum. Det kan her lett tenkes situasjoner hvor oppdragsgiver vurderer de faktiske forhold feil uten at han kan bebreides i særlig grad. Oppdragsgiver kan være i villfarelse om det faktum som betinget feilen. Det er imidlertid kun den unnskyldelige villfarelsen som kan fritta for ansvar. Dersom oppdragsgiver burde ha forstått faktum korrekt, taler mye for å pålegge han ansvar. Hva den enkelte oppdragsgiver faktisk oppfatter, kan ikke være utslagsgivende. Det avgjørende må være hvordan en vanlig forstandig person ville ha oppfattet det foreliggende faktum. En vurdering av hva en alminnelig person ville ha oppfattet, kan sies å være intetsigende. Man må spesialisere normen til det fagområdet en befinner seg innenfor.<sup>44</sup> Det vil si, at hvordan en alminnelig oppdragsgiver ville ha forstått faktum, må være avgjørende. Det kan i det konkrete tilfellet foreligge holdepunkter for at oppdragsgiver bør undersøke fakta nærmere. Unnlater han å gjøre dette, vil han ikke være i en unnskyldelig villfarelse. Han kan da lastes for feilen. Reglene i anbudsretten om at saksbehandlingen må være forsvarlig vil på dette punkt i stor grad være sammenfallene med reglene om når oppdragsgiver har vært uaktsom. I de tilfellene hvor oppdragsgiver har oppfylt de objektive reglene til en forsvarlig saksbehandling, vil han ikke ha vært uaktsom. Har det da oppstått feil på grunn av at oppdragsgiver har hatt et uriktig bilde av situasjonsbetingelsene, vil han være i unnskyldelig villfarelse.

### 2. Rettsvillfarelse

Rettsvillfarelse foreligger når oppdragsgiver ikke kjente regelens eksistens eller at han misforstod regelens innhold. Man har i norsk rett vært tilbakeholdne med å godta at rettsvillfarelse fritar for ansvar. Prevensjonshensyn trekker i retning av at man er svært tilbakeholdne med å godta denne grunnen som frifinnelse fra ansvar. En annen løsning

---

<sup>43</sup> Jf. Simonsen, Prekontraktuell ansvar, s.743.

<sup>44</sup> Se Høgstrøm, Culpanormen, s. 9.

kunne være egnet til å undergrave regelsystemet og dets effektivitet. Et annet hensyn som kan trekke i samme retning er hvem som er nærmest til å bære risikoen for villfarelser av denne typen. Den som opptrer på et rettsområde bør bære ansvaret for å kjenne dette områdets regler. Videre vil den som opptrer i grenseområdet for et gitt reglement ofte være nærmest til å bære et tap om dette skulle oppstå. Disse hensyn kan neppe trekkes for langt i de tilfellene vi her står ovenfor. Vi står i disse tilfellene ovenfor et multilateralt avtaleforhold. Her vil et valg mellom to tolkningsalternativer uansett valg kunne medføre et tap for ulike leverandører. Et eksempel kan være i forbindelse med reglene om avvisning. Det kan tenkes å være usikkert om en leverandør skal avvises. Om det tolkningsalternativet som påbyr avvisning velges, vil oppdragsgiver kunne bli møtt med et erstatningskrav fra den avviste leverandøren. Dersom oppdragsgiver likevel velger å anta det tvilsomme anbudet, kan søksmål tenkes fra en annen leverandør som ville blitt antatt dersom regelbruddet ikke hadde blitt begått. Dette illustrerer den risiko oppdragsgiver har dersom han beveger seg i reglens grenseområde. Disse hensyn vil også måtte ha innvirkning på den nærmere utformingen av culpanormen. Den vil med andre ord legge føringer på i hvilke tilfeller man står ovenfor en unnskyldeleg rettsvillfarelse.

### 3. Graden av skyld

I Nucleus-dommen sier Høyesterett ikke noe om at det er en betingelse for å illegge ansvar at det foreligger grov skyld fra oppdragsgivers side. Domstolen slutter seg til lagmannsrettens konklusjon om at fylkeskommunen *i dette tilfellet* måtte klandres. Oppdragsgiver hadde brutt med sentrale og grunnleggende prinsipper som en stor og profesjonell byggherre burde være godt kjent med.<sup>45</sup> Dette kan minne mye om den alminnelige utformingen av culpaansvaret. Etter rettspraksis og teori synes grov uaktsomhet å inneholde et krav om at skadevolders handlemåten skal representere et markert avvik fra det forsvarlige.<sup>46</sup> Ved første øyekast kan det virke som om Høyesterett i denne dommen konstaterer at det foreligger uaktsomhet og at dette er tilstrekkelig. På den annen side sier førstvoterende eksplisitt, at det skal skje en konkret vurdering hvor skyld kun er et element i vurderingen. I den alminnelige erstatningsrett vektlegges risikoen for stor skade som et moment i culpavurderingen. Det vil i slike tilfeller lettere

---

<sup>45</sup> Se Rt 2001 s. 1062 (1075).

<sup>46</sup> Se bl.a. Nygaard, Skade og ansvar, 4. utg, s. 223.

konstateres grov uaktsomhet. Om man relaterer dette til anbudsretten, vil i enkelte tilfeller de feil som er gjort være av en type og/eller størrelse som er egnet til å skape en særlig risiko for skade. Nettopp i disse tilfellene vil det være nærliggende å si at oppdragsgiver har begått vesentlige feil. Samtidig vil det i disse tilfellene også være nærliggende å si at oppdragsgiver har vært grov uaktsom. Det synes med andre ord å være en indre sammenheng i de kriterier Høyesterett har pekt ut til vesentlighetsvurderingen. Selv om man ikke har stilt opp et vilkår om at oppdragsgiver skal ha handlet grovt uaktsomt, vil det ofte være nettopp i de tilfellene det er begått graverende og markante brudd på sentrale regler, det vil bli aktuelt å bygge ansvar på dette grunnlaget. Hensynet til oppdragsgiver vil trekke i retning av at det kreves mer markante feil før domstolen skal sanksjonere med erstatning for oppfyllelsesinteressen. Oppdragsgiver vil, som tidligere nevnt, i disse tilfellene risikere å måtte bære kostnadene med å oppfylle to ganger. Den vanskelige situasjon oppdragsgiver vil kunne komme i ved valg av leverandør trekker i samme retning. Oppdragsgiver balanserer her på en knivegg, hvor et feiltrinn lett kan medføre at en av leverandørene lider tap. Prosessøkonomiske hensyn tilsier også et skjerpet krav til ansvarsgrunnlag.

Den løsningen som med dette er skapt, vil medføre stor fleksibilitet og rom for domstolens vurderinger når spørsmålet om det foreligger et tilstrekkelig ansvarsgrunnlag skal besvares.

### 3.2.3 Særlige spørsmål

#### a. Veksler til en hevningsvurdering

Det kan stilles spørsmål ved om ”vesentlige feil” kan omformuleres til et spørsmål om den aktuelle leverandør har en ”rimelig grunn” til å kreve sitt tap dekket. Angivelsen av vurderingstema kan minne mye om problemstillingen rundt vurderingen av om det foreligger et berettiget krav om hevning. Språklig er temaene nær identiske. Vilkåret for hevning er i nyere kontraktslovgivning uttrykt som et spørsmål om det foreligger ”vesentlige mangler” jf. kjl § 39.

Det er på den andre siden snakk om vesensforskjellige beføyelser. Dette kan tale for at man bør være tilbakeholdende med en slik analogisering. Hensynene bak instituttene er også som utgangspunkt forskjellige. I teori og praksis er vurderingen av om vilkåret for hevning foreligger, beskrevet som en konkret helhetsvurdering. Det er ikke tvilsomt at også vurderingen av om det foreligger vesentlige feil må foretas konkret. Det er imidlertid mye som kan tale for at hevningsvurderingen er både friere og bredere enn vurderingen av ansvarsgrunnlaget i anbudsretten. I Nucleus-dommen sier Høyesterett at feilens størrelse, type og hvor mye oppdragsgiver er å laste, skal vektlegges. Det kan da sies at kriteriene for vurderingen er mer bundet enn etter den alminnelige hevningsvurderingen. Det kan nevnes at kravet til skyld ofte vil kunne være et avgjørende moment også i en hevningsvurdering. Det er imidlertid neppe tvilsomt at vilkårene for hevning kan være oppfylt, til tross for at medkontrahenten ikke kan lastes for kontraktsbruddet. Annerledes stiller det seg ved vurderingen av om vesentlige feil er begått. Dette vilkåret kan ikke sies oppfylt der oppdragsgiver ikke har vært uaktsom.

#### b. Konsekvensene av ansvarsgrunnlag fastsatt i Nucleus-dommen

Rettsstillingen som er fastsatt i Nucleus-dommen må også kunne sies å ha mindre heldige konsekvenser. Det dannes en særlig erstatningsregel innenfor denne delen av anbudsretten. Det stilles ulike krav til erstatning av henholdsvis den negative og den positive kontraktsinteresse. Reglen skiller seg også så vel i kravet til ansvarsgrunnlag som i kravet til årsakssammenheng fra den alminnelige erstatningsretten. I norsk rett har man en tradisjon for at regelverket i så stor grad som mulig skal være ensartet. Det vil si at man tilstreber like løsninger innenfor ulike rettsområder. Nå oppstår et tosporet system med ulike krav til så vel ansvarsgrunnlag som krav til sannsynlighetsovervekt der det samme tapet kreves dekket. Dette kan sies å svekke rettssubjektenes forutberegnlighet.

På den annen side vil den reglen som gjelder etter Nucleus-dommen, på en balansert måte, kunne bidra til en effektivisering av anbudsretten. De sanksjonsmulighetene som nå står åpne vil bidra til at oppdragsgiver er mer varsom med å overholde anbudsreglene. Dette uten at regelen virker for strengt ovenfor oppdragsgiver.

### 3.3 Årsakssammenheng

#### 3.3.1 Innledning

Det er et grunnvilkår for erstatningsansvar at det foreligger en faktisk årsakssammenheng mellom skaden og ansvarsgrunnlaget. Dersom dette kravet ikke er oppfylt, kan det ikke ilegges et erstatningsansvar. Hjemmelen for dette utgangspunktet er å finne i en langvarig sedvane og rettspraksis og baseres på et naturlig og logisk grunnlag.

#### 3.3.2 Bevistema

Det temaet som skal vurderes ved den positive kontraktsinteressen er om en leverandør ville ha fått kontrakten dersom oppdragsgiver ikke hadde brutt anbudsreglene. Spørsmålet er med andre ord om leverandøren ville blitt tildelt kontrakten dersom oppdragsgiver hadde handlet i overensstemmelse med gjeldende regelverk. Det er ikke inngått kontrakt med den aktuelle leverandøren, men hva ville ha skjedd dersom anbudsreglene hadde blitt fulgt? Domstolen må forsøke å sette seg inn i oppdragsgivers utgangsposisjon og tankegang, og vurdere hvordan han ville ha handlet om regelverket hadde blitt fulgt. Det foretas en vurdering av et hypotetisk hendelsesforløp.

#### 3.3.3 Hvilke krav stilles til bevis for årsakssammenheng?

Utgangspunktet i norsk rett er at det stilles et krav om overvekt av sannsynlighet før kravet om årsakssammenheng anses oppfylt.<sup>47</sup> Beviskravet til årsakssammenheng må imidlertid sees i sammenheng med det vern skadelidte er gitt ved utformingen av ansvarsgrunnlaget. Man bør ikke slå bena vekk under den avveining av hensyn som er gjort ved utformingen av ansvarsgrunnlaget ved å sette uforholdsmessig høye krav til

---

<sup>47</sup> Jf. bl.a. Rt 1992 s. 64, P-pilledom 2.

sannsynlighet. Dette gjør at kravet om sannsynlighetsovervekt for årsakssammenheng innenfor enkelte rettsområder må modifiseres. I Rt 1997 s. 574 Læringleklausuldommen fant Høyesterett at det ”ikke bør stilles strenge krav til årsakssammenheng ved klare feil.” (s.577) Dette må leses på bakgrunn av de særlige hensyn Høyesterett fant gjorde seg gjeldende ved spørsmålet om leverandørens krav på erstatning for den *negative kontaktsinteressen*.

Høyesterett har inntatt et annet standpunkt der en forbigått leverandør gjorde krav på erstatning for oppfyllelsesinteressen. I Nucleus-dommen sier førstvoterende at det må gjelde en tilstramning av de beviskrav for årsakssammenheng som i utgangspunktet stilles. Kravet blir deretter presisert til et krav om *klar sannsynlighetsovervekt*.

Leverandøren må klart sannsynliggjøre at han ville ha fått kontrakten om oppdragsgiver ikke hadde begått feilen. Et reelt hensyn som kan begrunne dette standpunktet er hensynet til de omfattende konsekvenser et ansvar kan medføre for oppdragsgiver. I juridisk teori har det også blitt argumentert for at man i tilfeller som dette bør operere med et skjerpet krav til årsakssammenheng.<sup>48</sup> Det er snakk om å bevise eller motbevise et hypotetisk hendelsesforløp. Hensyn til en effektiv håndhevelse av regelverket taler derimot for at et krav om alminnelig overvekt av sannsynlighet bør være tilstrekkelig. Ofte vil det være vanskelig å si om en feil i det hele tatt har spilt inn ved avgjørelsen. Når man da i tillegg innfører et strengt krav til sannsynlighet, kan dette føre til at få vil vinne frem med et slikt søksmål, noe som igjen vil resultere i at oppdragsgiver kan bryte reglene uten å risikere nevneverdige sanksjoner. Reglementet som regulerer den enkelte anbudskonkurranse, vil imidlertid variere. I enkelte tilfeller vil selve rangeringen gi seg selv. Her vil det ikke, selv med et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt, by på uforholdsmessig store problemer å tilfredsstille kravet til bevis for årsakssammenheng. Det må også nevnes at den utvikling som er skjedd i anbudsretten, med en stor grad av normering av vurderingsprosessen, vil trekke i samme retning.

Den løsning førstvoterende i Nucleus-dommen har valgt, er ikke i samsvar med hva norsk domspraksis ellers legger til grunn ved offentligrettslig erstatningsansvar. I Rt 1998 s.1398 Torghatten-dommen fikk en forbigått leverandør tilkjent erstatning for positiv kontraktsinteresse etter prinsippet om sannsynlighetsovervekt. En

---

<sup>48</sup> Jf. N Nygaard, Skade og ansvar, 5. utg. s. 318 flg. særlig s. 323.

sammenfallende løsning innenfor området for offentlig myndighetsutøvelse ved anbudskonkurranse og andre former for anbudskonkurranser, ville være å foretrekke. I denne forbindelse kan det nevnes at Høyesterett i en dom om offentlig erstatningsansvar, Rt 1997 s. 343, setter forholdsvis lave krav til sannsynlighetsovervekt. Det blir her særlig tatt hensyn til at usikkerheten, feilen, er skapt av det offentlige.<sup>49</sup>

Løsningen etter gjeldende rett må sies å være rimelig klar. Et vilkår for å kreve erstatning av den positive kontraktsinteresse er at det foreligger *klar sannsynlighetsovervekt*. Nucleus-dommen kan karakteriseres som rettsskapende. I denne konteksten kan man spørre seg om løsningen blant annet av årsaksspørsmålene kun er et skritt på veien i retning av et utvidet ansvar for oppdragsgiver, og ikke den endelige løsningen.

Det er kjent fra andre områder hvor domstolene driver rettsskapende virksomhet at det tas en skritt for skritt løsning. Bakgrunnen for dette er den tradisjonelle forsiktighet dømmende myndighet har når det gjelder å fokusere på det rettsskapende elementet. Videre vil denne løsningen skape en mykere overgang for de involverte parter. Partene får gradvis innordnet seg til den nye rettsstillingen. Man får videre gradvis se konsekvensene av den endrede rettsstillingen. Hvorvidt man med årene vil se en lempning av vilkårene for erstatning av den positive kontraktsinteresse er et åpent spørsmål.

### 3.4 Praktisk betydning av rettskravsteorien etter Nucleus-dommen

Ved den avtalerettslige betraktningmåten er det en forutsetning for ansvar at valg av leverandør er fastsatt ved nærmere bestemte normer. Oppdragsgivers valg av leverandør må være fritatt for skjønn. Dette er ingen nødvendighet for kompensasjon av oppfyllelsesinteressen etter sannsynlighetsteorien. Her kan det tenkes et ansvar selv der

---

<sup>49</sup> Se Rt 1997 s. 343 (s.363).

oppdragsgiver står rimelig fritt i sitt valg. Det kan på denne bakgrunn synes som om sannsynlighetsteorien overtar rettskravsteoriens domene. Med andre ord vil det kunne anføres at rettskravsteorien er blitt overflødig etter Nucleus-dommen. Den nærmere utformingen av de materielle vilkår etter sannsynlighetsteorien gjør imidlertid at avtalesynspunktet allikevel ikke kan legges helt til side. Tilfeller vil kunne foreligge der det må sies å være gitt en utlovelse, men at det ikke foreligger en vesentlig feil eller en tilstrekkelig klar sannsynlighetsovervekt.

Erstatning som bygger på et hypotetisk hendelsesforløp, vil innebære et betydelig element av spekulasjon. Domstolen må her, i ettertid, forsøke å komme frem til hva som ville ha skjedd dersom regelbruddet ikke var begått. Denne vurderingen vil kunne få karakter av subjektive fornemmelser. Dette i motsetning til erstatning etter rettskravsmodellen. Vurderingen av om leverandøren i et gitt tilfelle vil ha et rettskrav på kontrakt, vil kunne fastslås med større sikkerhet. Partene vil, med andre ord, i større grad kunne forutse resultatet der det anføres et avtalerettslig standpunkt. Dette trekker i retning av at grunnlaget, rettskrav på kontrakt også i fremtiden vil bli prosedert for domstolene.

Grunnlagene for erstatning vil imidlertid i en ikke ubetydelig grad lede til det samme resultatet. I de tilfellene oppdragsgiver er gitt et vidt rom for skjønn ved avgjørelsen av hvilket anbud som skal antas, vil det kunne være vanskelig for en leverandør å sannsynliggjøre at han ville fått kontrakten dersom feilen ikke var begått. Leverandøren vil da vanskelig få medhold i sitt krav.



## **4 Erstatningsansvar for offentlig oppdragsgiver**

### **4.1 Innledning**

Jeg vil i dette avsnittet ta for meg utvalgte problemstillinger som oppstår der oppdragsgiver er en del av offentlig myndighet. Offentlige myndigheter benytter i stor utstrekning anbudskonkurranse som instrument for kontraktsinngåelse. Det vil her kunne oppstå særlige problemer og spørsmål. Jeg vil først ta for meg enkelte generelle spørsmål ved offentlige anbudskonkurranser. Deretter vil jeg ta for meg utvalgte spørsmål der anbudsreglene er gitt for å oppfylle Norges folkerettslige forpliktelser.

### **4.2 Oppdragsgiver er en del av offentlig myndighet**

#### **a. Grensen mot offentlig myndighetsutøvelse**

I de tilfeller anbudskonkurranser blir gjennomført av offentlige myndigheter, vil man også kunne være i et grenseområde mellom offentlig og privat rett. Hvilken rettsfære en befinner seg innenfor, vil kunne få rettslig betydning. I de tilfellene hvor anbudskonkurransen og den etterfølgende kontraktstildelingen er å anse som offentlig myndighetsutøvelse, vil leverandørene som deltar i konkurransen få et utvidet vern. Forvaltningslovens regler om enkeltvedtak, og erstatningsprinsipper for offentlig myndighetsutøvelse med en lavere sannsynlighetsterskel, kommer da til anvendelse. Spørsmålet blir om tildelingen av kontrakt etter anbudskonkurranse er et enkeltvedtak, jf. fvl § 3 første ledd. Begrepet ”enkeltvedtak” er definert i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a og b. Avgjørelsen av om vedtaket er ”bestemmende for rettigheter” til ”bestemte personer” kan ofte gjøres uten nevneverdige problemer. Det som derimot kan by på problemer er å avgjøre om tildelingen kan sies og være utøvelse av ”offentlig myndighet”, jf. fvl § 2 1. ledd a.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden trekker i retning av at det er i de tilfellene der det offentlig opptrer på en måte som private parter ikke har anledning til, det er snakk om myndighetsutøvelse. Ett eksempel på dette kan være der det offentlige benytter en særskilt kompetanse fastsatt i lov. Ordlyden gir imidlertid begrenset veiledning for fastsettelsen av det nærmere innholdet av begrepet.

Grensen mellom offentlig myndighetsutøvelse og offentlig privatautonomi er behandlet i forvaltningslovens forarbeider, som gir en viss veiledning.<sup>50</sup> Det som er karakteristisk for offentlig forretningsdrift er at myndighetene i liten grad har kompetanse til å gripe direkte inn i den enkelte borgers rettstilling. Forarbeidene gir imidlertid mindre veiledning om grensegangen mellom myndighetsutøvelse og forretningsdrift. I mange anbudskonkurranser er det innslag av så vel offentlige som privatrettslige elementer. Det at tildelingen skjer etter avtale, vil ikke kunne være et avgjørende moment. I forarbeidene til lov om offentlige anskaffelser fremgår det at beslutninger om anskaffelser truffet under anbudsprosessen som regel ikke vil være et enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand.<sup>51</sup> Dette trekker i retning av at tildeling av kontrakt etter anbudskonkurranse kun unntaksvis vil være et enkeltvedtak.

I sivilombudsmannens årsmelding for 1993 s. 224 (226) argumenteres det for at grensedragningen må skje etter en konkret vurdering.<sup>52</sup> En rekke momenter er trukket frem som relevante. Om avgjørelsen er inngripende og er et resultat av myndighetenes ”høyhetsrett” ovenfor borgerne, vil trekke i retning av at tildelingen er et enkeltvedtak. I de tilfellene hvor avgjørelsen bygger på forhandlinger mellom jevnbyrdige parter og kriteriene for utvelgelse er forretningsmessig begrunnet, taler mye for at forvaltningslovens særlige bestemmelser ikke kommer til anvendelse. Der myndighetene er i en monopolsituasjon eller den private aktøren som tildeles kontrakten vil oppnå en monopolsituasjon, kan dette trekke i retning av at avgjørelsen allikevel må anses som et enkeltvedtak.

---

<sup>50</sup> Forvaltningskomiteens innstilling til forvaltningslov (1958) s. 3-4.

<sup>51</sup> Jf. NOU 1997:21 kap. 15.2.

<sup>52</sup> Se Arne Fliflet, Juristkontakt nr. 2 2003, s.34-37.

I Rt 1998 s. 1398 Torghatten-dommen tar Høyesterett blant annet stilling til om en tildeling dreier seg om offentlig myndighetsutøvelse. Saken gjaldt tildeling av konsesjon og tilskudd etter forutgående anbudskonkurranse innenfor samferdselssektoren. Retten konkluderte her med at det dreide seg om tildeling etter et enkeltvedtak og følgelig offentlig myndighetsutøvelse. Dommen må sies å følge linjene i den vurdering som er skissert ovenfor.

b. Andre konsekvenser av at oppdragsgiver er et offentlig rettssubjekt

Selv om man holder utenfor de tilfeller hvor anbudskonkurransen dreier seg om offentlig myndighetsutøvelse, vil det at oppdragsgiver tilhører offentlig myndigheter kunne ha innvirkning på løsningen av de erstatningsrettslige spørsmål. Selv om det er en anbudskonkurranse i tradisjonell forstand, vil trolig krav til god saksbehandling kunne stille andre og strengere krav til oppdragsgivers behandling av anbudene enn ellers. Det kan på ulovfestet grunnlag stilles opp alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper om at saksbehandlingen skal være forsvarlig og betryggende.<sup>53</sup> Der domstolen vurderer om det er begått feil under anbudskonkurranser, kan det være vanskelig å si sikkert om det er anbuadsrettslige regler og prinsipper eller alminnelige forvaltningsrettslige krav til forsvarlighet som blir vurdert. Ofte gir domstolen ikke klart tilkjenne hvilket regelsett den bygger på. Generelt sett kan det sies at det offentlige er underlagt noe strengere regler enn private aktører når det foretas beslutninger innenfor privatautonomien. I tillegg til dette vil forvaltningsloven kap. II og III komme til anvendelse ved offentlige anbudskonkurranser, jf. fvl. § 3. Regler om blant annet habilitet blir på denne måten et grunnlag som direkte kan påberopes av forbigått leverandør. En tilsvarende anførsel vil kunne være relevant også ved private anbudskonkurranser. Da ut ifra synspunktet at oppdragsgiver har opptrådt illojalt ved å anta et anbud som er innlevert av en han har hatt en særlig tilknytning til. Reglen er imidlertid enklere å praktisere, og vil ha et bredere anvendelsesområde der forvaltningsloven kommer til anvendelse.

---

<sup>53</sup> Jf. Eckhoff, Forvaltningsrett, s. 404-05.

### 4.3 Anbudsreglene innført for å oppfylle EØS forpliktelser.

Lov om offentlige anskaffelser med forskrift er til en viss grad vedtatt for å oppfylle Norges forpliktelse etter EØS-avtalen, se særlig del II. For at en internasjonal avtale som EØS-avtalen skal fungere etter sin intensjon, er det en forutsetning at avtalens forpliktelser blir gjennomført i nasjonalstatenes interne rett. Denne problemstilling har aktørene i EF-retten vært klar over og jobbet med i lang tid. EF-domstolen har vært særlig aktiv med å utarbeide mekanismer som skal være med å sikre en homogen gjennomføring av fellesskapsretten i nasjonalstatenes interne rett. Selv om EØS-samarbeidet er av en annen karakter enn EU-samarbeidet, kan det spørres om ikke enkelte av disse mekanismene eller prinsippene nå, gjennom EØS-avtalen, er blitt en del av norsk rett. I denne sammenheng kan det være av interesse å undersøke hvordan disse prinsippene vil innvirke på de erstatningsrettslige spørsmål ved brudd på det offentlige anskaffelsesregelverket. Norge har gjennom EØS-avtalen forpliktet seg til å inkorporere første og andre håndhevelsesdirektiv i nasjonal rett.<sup>54</sup> Begge disse direktivene inneholder i sine fortaler en uttrykkelig anvisning til et effektivitetsprinsipp. Dette legger føringer på gjennomføringer av de materielle anbudsreglene. Norge har da innenfor direktivenes virkeområde påtatt seg en effektivitetsforpliktelse. Denne forpliktelsen er i utgangspunktet av folkerettslig karakter. Den kan med andre ord ikke påberopes av private rettssubjekter uten en gjennomføringsakt. Innføringen av direktivet er i norsk rett søkt gjennomført ved Lov om offentlig anskaffelser mv. Prinsippet er ikke kommet direkte til uttrykk verken i loven eller forskriften. Regelverket er innført som en videreføring av eldre lov og forskrifter.<sup>55</sup> Heller ikke eldre lovgivning mv. hadde henvisning til effektivitetsprinsippet. I den alminnelige omtalen av EØS-reglene i forarbeidene til den tidligere loven refereres det til målsetningen med effektivitetsprinsippet, uten at det nærmere innholdet av prinsippet i norsk rett kommenteres nærmere.<sup>56</sup> De norske regler inneholder, med andre ord, ikke en transformasjon av effektivitetsprinsippet slik dette er nedfelt i håndhevelsesdirektivene. Innenfor direktivenes virkeområde vil det allikevel være en sterk presumsjon for at norsk rett er i samsvar med disse. Det er bare i de tilfellene der det er en klar motstrid

---

<sup>54</sup> Direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF.

<sup>55</sup> Lov om offentlig anskaffelser 1992 nr. 116.

<sup>56</sup> Se Ot.prp. nr 97 (1991-92) s. 8.

mellom loven med tilhørende forarbeider og EØS-direktivene at presumsjonsprinsippet må settes til side.<sup>57</sup> Spørsmålet blir hvilken innvirkning effektivitetsprinsippet da har for erstatning av den positive kontraktsinteresse innenfor direktivenes virkeområde?

Etter Nucleus-dommen er det ikke tvilsomt at forbigått leverandør kan kreve erstatning av positiv kontraktsinteresse der det foreligger vesentlige feil og klar sannsynlighetsovervekt.<sup>58</sup> I utgangspunktet vil den sanksjonsmulighet leverandøren da har kunne tilfredsstille de krav til effektivitet direktivene stiller. Sannsynligvis må man etter nasjonal rett stå fritt til å fastsette et styrket krav til sannsynlighetsovervekt. Dette er i samsvar med de skranker som er fastsatt i EF-domstolens praksis. Imidlertid er det en forutsetning at kravene ikke settes høyere enn i andre nasjonale saker, og heller ikke slik at erstatning for lidd tap fremstår som uopnåelig. Kravet til klar sannsynlighetsovervekt, som Høyesterett stiller i Nucleus-dommen, kan sies å skille seg noe fra de krav til sannsynlighet som vanligvis stilles ved krav om erstatning ved feil begått av offentlig myndighet. I Torghatten-dommen kan mye tyde på at Høyesterett har lagt et alminnelig krav til sannsynlighetsovervekt til grunn. Det kan sies at Høyesterett i Nucleus-dommen ikke følger de alminnelige nasjonale erstatningsprinsipper slik direktivene gir anvisning på. Høyesterett innfører et særskilt ansvarsgrunnlag (vesentlige feil) og særlige krav til sannsynlighetsovervekt. Selv om det kan stilles spørsmål om det er hensiktsmessig av Høyesterett å skape noe som kan fremstå som en særlig form for erstatningsansvar, er det neppe tvilsomt at løsningen på dette punkt ikke kommer i strid med effektivitetsprinsippet i håndhevelsesdirektivene. Direktivene har ikke karakter av å være en fullharmonisering. Nasjonale myndigheter står dermed fritt til å fastsette et strengere ansvar enn det som følger av de direktivfastsatte krav.

---

<sup>57</sup> Jf. Rt 2000 s. 1332 Finganger-dommen.

<sup>58</sup> Se behandlingen av dette spørsmålet i avsnitt 3.

## **5 Rettsstillingen ved private anbudskonkurranser**

I de aller fleste sakene der domstolen har behandlet spørsmålet om erstatning for brudd på anskaffelsesreglene, er det snakk om en offentlig oppdragsgiver. Spørsmålet kan da stilles om vilkårene for å kreve den positive kontraktsinteressen er de samme hvor oppdragsgiver ikke er et offentlig rettssubjekt.

I de tilfellene vi her står ovenfor vil det, uavhengig av om oppdragsgiver er offentlig eller privat, være høyst profesjonelle aktører. Der hvor kontraheringen skjer ved anbudskonkurranse vil det gjennomgående være snakk om større oppdrag. Det trekkes i retning av at det vil være få grunner til å skille mellom det ansvar private og offentlige organ kan pådra seg.<sup>59</sup>

I norsk rett har man for øvrig en tradisjon for at man i hvert fall som en hovedlinje har benyttet samme grunnlag for ansvar for offentlig og private aktører. Et eksempel på dette er Skl § 2-1. I tilfeller som dette, der avveiningen av de bærende hensyn faller likt ut, taler de beste grunner for at vilkårene for erstatning er de samme.

Et annet spørsmål er om reglene i praksis vil bli de samme for private og offentlige aktører. Reguleringen av hvilke anbudsrettsregler som kommer til anvendelse, vil for private oppdragsgivere med mindre begrensninger kunne fastsettes ved avtale. Bakgrunnsretten vil komme inn der partene ikke har avtaleregulert det aktuelle spørsmålet. For offentlige oppdragsgivere vil regelverket i en ikke ubetydelig grad være gitt ved lov. Med andre ord vil det subjektive elementet i ansvarsgrunnlaget i stor grad være likt. Normen for profesjonelle aktører må i begge tilfeller legges til grunn. Hva som utgjør et rettsbrudd vil derimot variere i større grad mellom private og offentlige anbudskonkurranser. Private oppdragsgivere vil i alminnelighet ikke, i den grad som

---

<sup>59</sup> Se Krüger, Jussens venner 2001, s. 272.

offentlig oppdrag som faller inn under lov om offentlig anskaffelser, sette skranker for sin handlefrihet. Er dette likevel gjort, må imidlertid tilfellene behandles likt.

## 6 Erstatningsutmålingen

### 6.1 Innledning

Utmåling av erstatning går ut på å sette en økonomisk verdi på den skaden leverandøren er påført som følge av oppdragsgivers rettsbrudd. Skaden vil være at leverandøren ikke blir tildelt kontrakt, og dermed ikke får det utbyttet en slik kontrahering ville ha medført. Målsetningen blir å avgjøre hvilke tapsposter som kommer som en følge av dette. Spørsmålene rundt utmålingen av erstatningen vil i hovedsak være like uavhengig av om leverandøren søker sitt tap dekket etter rettskravsteorien eller sannsynlighetsteorien. Spørsmålene vil derfor bli behandlet samlet.

### 6.2 Økonomisk tap

Dersom vilkårene for erstatning foreligger, har leverandøren krav på å få dekket sitt økonomiske tap. Han skal stilles økonomisk som om han hadde fått tildelt kontrakten.<sup>60</sup> Det må her foretas en til dels komplisert vurdering av hypotetisk karakter. En differansebetraktning mellom det faktiske hendelsesforløp og det alternative, at forbigått leverandør ville fått kontrakten, vil gi det økonomiske tapet.

Erstatningsutmålingen må i utgangspunktet skje på bakgrunn av de alminnelige erstatningsrettslige prinsipper for utmåling av tap. Det kan være naturlig å trekke en parallell til de tilfeller der oppdragsgiver avbestiller før oppdraget er påbegynt fra leverandørens side. Det må skje en konkret vurdering av det tap som sannsynligvis vil oppstå. Det vil si at det må foretas en beregning av de utgifter leverandøren ville ha

---

<sup>60</sup> Jf. Simonsen, Prekontraktuelt ansvar, s. 902.



pådratt seg om han skulle levere, holdt opp mot kontraktsummen med eventuelle sannsynlige endringer eller tilleggsarbeider. Det vil kunne fremstå som en svært vanskelig oppgave for oppdragsgiver eller domstolen å fastsette hvilken fortjeneste leverandøren ville hatt ved gjennomføring av prosjektet. Fortjenesten er som regel ikke oppgitt i anbudet. Den må beregnes, for eksempel ved en konkret vurdering av anbudets underbudsjettering av inntekter og overbudsjettering av utgifter, sml. Torghatten-dommen Rt 1998 s.1398. Leverandøren som er forbigått, er nærmest til å belyse disse forhold. Han må da som utgangspunkt ha bevisbyrden for det konkrete tapet.<sup>61</sup> Det vil følgelig kunne by på problemer for leverandøren å sannsynliggjøre størrelsen på det konkrete tapet.

Et minimum må være at leverandøren kan bevise at han har lidd et tap. Han vil ikke kunne få medhold i sitt krav hvis dette ikke er tilfellet. Har han sannsynliggjort at han har lidd et tap, men ikke kan bevise den konkrete fastsettelsen av dette, vil ulike prinsipielle innfallsvinkler kunne anvendes.

Et alternativ er å fastsette erstatningen etter en gjennomsnittsbetraktning. Domstolen fastsetter da erstatningen ut fra en skjønnsmessig betraktning av hva en normal fortjenestemargin for samme type oppdrag ville være. I Nucleus-dommen legger Høyesterett trolig dette utgangspunktet til grunn. Her fastsettes tapet til 7 % av bruttoomsetningen, fastsatt under ett for alle medlemmene i gruppen.

Et annet alternativ er å utmåle leverandørens erstatning etter et prinsipp om minimumserstatning. Leverandøren vil her få dekket de netto kostnadene som kontrahering ville ha medført. Det vil være en presumsjon for at leverandøren ved beregning av sitt kontraktsvederlag ville ha fått dekket sine kostnader.

Hvordan fortjenesten er angitt på papiret kan ikke alene kan være utslagsgivende. Ved vurderingen av tapet må det tas hensyn til at leverandøren ved at kontrakt ikke ble inngått, ble fritatt fra risiko. Blant annet kan det nevnes at leverandøren vil unngår risiko for en dagbot eller et mangelansvar. Den nærmere fastsettelsen av dette i kroner og øre kan imidlertid by på problemer.

---

<sup>61</sup> Jf. samme slutning, Krüger, Jussens venner 2001, s. 298.

Hva med sannsynlige endringer av kontraktforpliktelsens innhold som realkreditor har risikoen for?

Ved større anbudsoppdrag er det vanlig at innholdet og omfanget av kontraktforpliktelsen endres under oppfyllelsen. Slike endringer vil også få betydning for fastsettelsen av den endelige kontraktsummens størrelse. I utgangspunktet skal leverandøren ha dekket det totale påregnelige tapet ved at han ikke fikk kontrakten. Et eventuelt tilleggssarbeid vil da være noe leverandøren har gått glipp av, og et tap han skal kompenseres for. Høyesterett har kommet til dette resultatet i Nucleus-dommen s. 1079. Det kan imidlertid i praksis være vanskelig å sannsynliggjøre et tap av slike tilleggssarbeider. Om oppdragsgiver ved brudd på anbudsreglene har forpliktet seg, men med feil leverandør, vil den faktiske utvikling av kontraktforholdet danne et godt fundament for den hypotetiske vurderingen. Det vil være en presumsjon for at kontraktforholdet ville ha utviklet seg på samme måte dersom leverandøren ikke var blitt forbigått. Man vil da ha gode muligheter for å konstatere tilleggssarbeidenes omfang. Tilsvarende må gjelde der oppdragsgiver reduserer oppdragets omfang. Om han gjør dette uten å pådra seg et avbestillingsansvar, ville dette måtte komme i fradrag ved utmålingen av tapet.

Kostnadsutviklingen av prosjektet med den antatte leverandøren vil følgelig kunne få stor bevismessig innvirkning på utmålingen av det tap forbigått leverandør har lidt. Om leverandøren kan dokumentere at tallene for faktiske oppdragstaker ikke ville vært de samme for ham, må hans tall legges til grunn. Synspunktet er fremme i Nucleus-dommen, men Høyesterett finner her ikke tilstrekkelig bevis for at kostnadsøkningen ikke ville vært like stor dersom saksøker hadde stått for oppdraget.

### 6.3 Tapsbegrensningsplikt

Fra erstatningsretten er det kjent at skadelidte kan få redusert sitt erstatningskrav dersom han ikke har begrenset sitt tap. Denne reglen har sin generelle lovforankring i Skl § 5-1 nr. 2 og er i kontraktsretten blant annet kommet til uttrykk i kjøpsloven § 70 (1). I Torghatten-dommen har Høyesterett også antatt at det gjelder en tapsbegrensningsplikt.

Selv om dommen direkte dreier seg om offentlig myndighetsutøvelse, vil den kunne ha generell relevans. Det finnes videre få, om noen, grunner til at det ikke også innenfor anbudsretten skal gjelde en tapsbegrensningsplikt. Spørsmålet blir i hvilket omfang det gjelder en plikt for leverandøren til å redusere sitt tap?

Den mest aktuelle måten leverandøren kan tenkes å redusere sitt tap på, er ved å inngå en dekningskontrakt. Om dette er mulig, vil leverandøren kunne tenkes å få dekket hele eller deler av sitt fortjenestetap. Man må være klar over at arten og omfanget av de kontrakter som inngås ved anbudskonkurranse, vil variere meget. Ved enkelte former for tjenestekontrakter og vareleveranser vil realdebitor måtte sies å ha en teoretisk kapasitet til å tilfredsstille enhver ordre han måtte få. Her vil det ikke bli aktuelt å redusere oppdragsgivers ansvar ut ifra en plikt til å begrense sitt tap ved alternativ kontrahering. Ved mer omfattende kontrakter, der produksjonskapasiteten er bundet over lengre tid, vil en slik tapsbegrensningsplikt kunne være mer aktuelt. Det vil da måtte vurderes konkret om leverandøren kunne ha dekket inn hele eller deler av sitt fortjenestetap ved å inngå en dekningskontrakt. Det aktuelle markedet vil utgjøre kjernen i denne vurderingen. Er det et stort udekket behov for realytelser av den type anbudskonkurransen dreier seg om, vil leverandøren som er forbigått ha gode muligheter for å kompensere sitt tap ved andre oppdrag. Hvis man etter en konkret vurdering kommer til at det var mulig å begrense tapet på denne måten, blir spørsmålet om en burde ha gjort det.<sup>62</sup> Det at en ofte står ovenfor store og kompliserte kontrakter kan trekke i retning av at det skal foreligge relativt klare brudd på aktsomhetsnormen og illojale forhold før leverandørens erstatningskrav kan reduseres på dette grunnlaget. Det må vektlegges at inngåelse av slike kontrakter innebærer en omfattende aksept av risiko. Hvordan leverandøren da konkret vurderer farene ved å komme i mislighold ved prosjektet, vil da måtte tillegges betydelig vekt.

---

<sup>62</sup> Se Simonsen, Prekontraktuelt ansvar, s. 903, antar at denne plikten etter forholdene ikke er særlig vidtrekkende.

## 6.4 Årsakssammenheng

Et krav på erstatning forutsetter at det foreligger årsakssammenheng mellom skaden og det økonomiske tapet. Spørsmålet blir om leverandørens tap kommer som en følge av de feil oppdragsgiver har begått. Om det tap leverandøren har lidd kan føres tilbake til andre årsaker enn dette, vil et erstatningsansvar ikke kunne pålegges.

Utgangspunktet i norsk rett er det såkalte overvektsprinsippet. Det vil si at det må foreligge en overvekt av sannsynlighet for den påståtte sammenhengen. Dette er i praksis uttrykt som et krav om ”rimelig sannsynlighet” eller ”rimelig sannsynlighetsovervekt”.<sup>63</sup> Beviskravsreglene gir også retningslinjer for hvordan en skal gå frem der det er tvil om kravet til rimelig sannsynlighetsovervekt er oppfylt. Dette kalles bevisbyrderegler. Det alminnelige utgangspunkt er at den som det er begått rettsbrudd ovenfor, leverandøren, har bevisbyrden. Det er han som må påvise tilstrekkelig grad av forbindelse mellom den ansvarsbetingede feil og det påståtte tapet. Det er ingen norsk rettspraksis som eksplisitt tar stilling til hvilke krav til sannsynlighetsovervekt som skal stilles i de tilfeller der leverandøren krever erstatning for oppfyllelsesinteresse. Nucleus-dommen legger til grunn et krav om klar sannsynlighetsovervekt for sammenhengen mellom den ansvarsbetingede feilen og det at leverandøren ikke fikk kontrakten. Her behandles imidlertid ikke årsakssammenheng for andre forhold. Dommen kan ikke sies å trekke i retning av at man også her skal stille opp et krav om kvalifisert sannsynlighet. Dommen behandler en hypotetisk årsaksvurdering, vurdering av en annen, og mer usikker karakter enn den det er snakk om her. Dette trekker i retning av at den det alminnelige regel om krav til rimelig sannsynlighet skal benyttes ved spørsmålet om tapsutmåling. Det er ingen klare holdepunkter i det foreliggende rettskildematerialet for at det alminnelige utgangspunktet skal fravikes. Kravet om årsakssammenheng vil følgelig være oppfylt der leverandøren kan påvise en rimelig sannsynlighetsovervekt for at hans tap oppsto som en følge den ansvarsbetingede feilen.

---

<sup>63</sup> Se bl.a. Rt 1974 s. 1160.

## 6.5 Adekvansvurdering

Så vel i den alminnelige erstatningsretten som i kontraktserstatningsretten, legges til grunn et krav til adekvans. I kontraktsretten har dette kravet vært utformet som et påregnelighetskrav. De enkelte tapsposter må stå i rimelig nær sammenheng med den ansvarsbetingede feilen.<sup>64</sup> Det vil si at det i enkelte tilfeller kan tenkes en begrensning i erstatningsansvaret selv om det foreligger et tilstrekkelig ansvarsgrunnlag, årsakssammenheng og et økonomisk tap. Spørsmålet er om det gjelder et krav til adekvans også der leverandøren krever erstatning for den positive kontraktsinteresse. I den tidligere nevnte Læringleklausul-dommen uttaler førstvoterende at de alminnelige erstatningsrettslige grunnsetningene skal legges til grunn. Der forbigått leverandør krever positiv kontraktsinteresse bør utgangspunktet være det samme. Dette trekker i retning av at adekvans også her skal være en betingelse for ansvar. Spørsmålet blir om særlige hensyn likevel tilsier en annen løsning. Prevensjonshensynet er et av de bærende hensyn bak utformingen av betingelsene for erstatning. Dette hensynet tilsier ikke at man ikke skal ha et krav til adekvans som betingelse for erstatning. Hensynet til forutberegnlighet kan kanskje sies å tale mot en adekvansbegrensning. Dersom det i forkant må foretas en bred helhetsvurdering av om det er en rimelig sammenheng mellom feilen og tapet, vil dette kunne medføre problemer for parter som ønsker å forutse sin rettstilling. På den annen side vil det ved et søksmål av denne type så godt som alltid være usikkerhet forbundet med utfallet. Så vel vurderingen av om det foreligger tilstrekkelig ansvarsgrunnlag som årsakssammenheng, vil som vist ovenfor kunne by på vanskeligheter. Dette kan ikke være avgjørende. Det må også ved erstatning for positiv kontraktsinteresse gjelde et vilkår om adekvans. Et annet spørsmål er om det er et praktisk behov for adekvansbetraktninger?

Som nevnt ovenfor vil innføringen av vesentlighetskriteriet etter sannsynlighetsteorien innebære at det må foretas en konkret og bred helhetsvurdering. Enkelte elementer i denne vurderingen vil minne mye om de elementene som er sentrale i adekvansvurderingen. Skyldgraden vil eksempelvis kunne trekke i retning av at det foreligger vesentlige feil så vel som tilstrekkelig adekvans. Momentenes art og størrelse vil imidlertid referere seg til ulike forhold. I adekvansvurderingen refererer disse seg til arten og størrelsen på tapet eller tapspostene, mens de i forhold til ansvarsgrunnlaget er

---

<sup>64</sup> Se Hagstrøm, Fragmenter fra obligasjonsrett, s. 208.

referert til feilen som er begått. Det må antas at den rimelighetsvurdering som foretas under adekvansbetingelsen kan få selvstendig betydning. Adekvansbegrensningen synes å være tillagt selvstendig betydning i Torghatten- dommen. Tap ved at et nytt skip ikke ble kjøpt inn ble, av domstolens flertall, ikke regnet som et påregnelig tap. Synspunktet kan også ha mye for seg der kontraktens omfang blir utvidet i et stort omfang etter avtaleinngåelse. Her vil forbigått leverandør kunne ha krav på dekning av sitt tap slik oppdraget sannsynligvis hadde utviklet seg. Etter en helhetsvurdering vil dette tapet ikke kunne sies å være påregnelig. Kravet til adekvans fremstår som en siste sikkerhetsventil der ansvaret eller dets omfang fremstår som særlig byrdefullt for oppdragsgiver.

## Litteraturliste

- Askheim, Lars Olav: Anbud og avtalerett, *Jussens venner* 1985 hefte 5 s.151-167
- Eckhoff, Torstein: *Forvaltningsrett*, 5.utg. ved Eivind Smith, Oslo 1994
- Filflet, Arne: Enkeltvedtak - hvor går grensen, *Juristkontakt* 2003 nr 2 s. 34-37
- Hagstrøm, Viggo: *Fragmenter fra obligasjonsrett*, Oslo 1992
- Hagstrøm, Viggo: *Culpanormen*, 4.utg. Oslo 1985
- Hov, Jo: *Avtaleslutning og ugyldighet*, Oslo 1998
- Hørlyck, Erik: *Anbudsloven*, København 2002
- Hørlyck, Erik: *EU-udbud*, København 1997
- Hørlyck, Erik: *Entreprise og licitationer*, 4.utg. København 1993
- Krüger, Kai: *Norsk kontraktsrett*, Bergen 1989
- Krüger, Kai: Kommunale anbudskonkurranser etter EØS-reglene, *Lov og rett* 1996 s.627-644
- Krüger, Kai: Om forbigått leverandørs erstatningskrav ved saksbehandlingsfeil under anbudskonkurranse – fra “Firesafe” 1997 til “Nucleus” 2001, *Jussens venner* 2001 s. 261-297
- Lødrup, Petter: *Arverett*, 4.utg. Oslo 1999
- Nygaard, Nils: *Skade og ansvar*, 5.utg. Bergen 2000
- Nygaard, Nils: *Skade og ansvar*, 4.utg. Oslo 1992
- Sandvik, Tore: Enkelte spørsmål ved anbudskonkurranse, *Nordisk Gjenklang*, 1969
- Sejersted, Fredrik m. f.: *EØS-rett*, Oslo 1995
- Simonsen, Lasse: *Prekontraktuell ansvar*, Oslo 1997

A